
3 2044 103 189 890


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV·ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

France

Monsieur Vételay
Conseiller à la Cour de Cassation
très respectueux hommage
Marc Loubers

DE

L'OFFICE DU JUGE

EN MATIÈRE CIVILE CONTENTIEUSE

DE

L'OFFICE DU JUGE

EN MATIÈRE CIVILE CONTENTIEUSE

Ainsi plusieurs se font juges et vivent et meurent juges sans savoir quel est ce ministère qu'ils ont entrepris.

(DOMAT, *Harangue prononcée aux assises de 1674.*)

PAR

MARC LOUBERS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

DOCTEUR EN DROIT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1897

5/3/24.

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — Précis de droit romain.
Aubry et Rau. — Cours de droit civil, 4e édition.
Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil.
Bioche. — Dictionnaire de procédure civile et commerciale.
Bodin. — Les 6 livres de la *République*.
Boitard, Colmet-Daage et Glasson. — Leçons de procédure civile, 15e édition.
Boncenne. — Théorie de la procédure civile.
Bonnier. — Traité des preuves.
Carnot. — De l'instruction criminelle.
Carré. — Lois sur l'organisation et la compétence des juges civils.
Cicéron. — *De legibus et de Republica.* Edition Panckoucke, 1835.
Corpus juris civilis. — Galisset, 1878.
Cujas. — *Ad Codicem.*
Cuq. — Des institutions juridiques des Romains.
Dalloz. — Répertoire et Recueil périodique de jurisprudence.
Dantoine. — Les règles du droit civil, etc. Lyon, 1710.
Dard. — Traité des offices, édition de 1838.
Debelleyme. — Ordonnances de référés.
Demolombe. — Cours de Code Napoléon.
D'Espeïsses. — Œuvres. T. II, p. 542.
Devin (Georges). — Discours prononcé à l'ouverture de la Conférence du stage le 21 novembre 1896.
Domat. — Œuvres. Edition Durand, 1777.
Dupin. — Réquisitoires.
Encyclopédie du droit. — Vo Cour de Cassation.
Fenet. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil.
Ferrière (de). — Dictionnaire de droit et de pratique.
Fœlix. — Traité de droit international privé.
Garsonnet. — Traité théorique et pratique de procédure.
Girard. — Textes de droit romain.
Glasson. — Au Cours de procédure civile.
Heineccius. — *Ad Pandectas.*
Henrion de Pansey. — De l'autorité judiciaire en France, édit. 1818.
Jousse. — Administration de la justice.
Krüg Basse. — De l'office du juge en matière civile. Cosse et Marchal, 1862.

La Bruyère. — Caractères. Edition Lefèvre, 1818.
Larombière. — Théorie et pratique des obligations.
Laurent. — Cours élémentaire de droit civil. Bruxelles, Paris, 1878.
Lepas (Alexandre). — De la notion de juridiction gracieuse en droit français. Arthur Rousseau, 1896.
Locré. — Esprit du Code de procédure.
Loyseau. — Traité des offices.
Loysel. — Institutes coutumières.
Marcadé. — Explication du Code Napoléon.
Massé. — Droit commercial.
Merlin. — Répertoire.
Meyer. — Institutions judiciaires.
Ortolan. — Explication historique des Instituts de Justinien.
Pigeau. — Procédure civile.
Poncet. — Des jugements.
Pothier. — Traité des obligations. Ed. Bugnet.
Roche-Flavin (de la). — Les XIII livres des Parlements de France.
Rodière. — Exposition raisonnée des lois de la compétence, etc.
Rousseau de la Combe. — Dictionnaire théorique et pratique de procédure, etc.
Sourdat. — Traité de la responsabilité.
Tarbé. — Lois et règlements à l'usage de la Cour de Cassation.
Thrésor (le) de pratique pour les juges, advocats et procureurs. — Paris, 1556. Sans nom d'auteur.
Toullier. — Le droit civil français suivant l'ordre du Code.
Vinnius. — *Tractatus de jurisdictione et imperio*. Venise, 1736.

DE L'OFFICE DU JUGE

EN MATIÈRE CIVILE CONTENTIEUSE

INTRODUCTION

A la fin du IV[e] livre de ses Instituts, Justinien a consacré à l'*officium judicis* un titre qui commence par ces mots : « *superest ut de officio judicis dispiciamus....* » ; reste à traiter de l'office du juge. Les auteurs de ce manuel juridique avaient compris que tout n'est pas dit quand on a exposé les principes du droit civil au quadruple point de vue des personnes et des choses, des obligations et des actions et qu'il reste quelque chose à ajouter.

Gens non seulement d'érudition mais d'expérience (1), les rédacteurs des Instituts savaient que le droit est par excellence une science d'application dont les théories sont destinées à se traduire, tôt ou tard, en résultats pratiques, sous forme de décisions ou de sentences.

Cette application du droit ne s'effectue point d'elle-même et toute seule ; elle demande un agent, un opérateur, si l'on peut ainsi parler, qui sache manier avec

(1) Quorum omnium *solertiam* et legum scientiam ex multis rerum argumentis accepimus. Inst. Pr. I, 3, Girard, p. 536.

dextérité les éléments essentiels de toute contestation juridique. Ces éléments sont les faits, source de tout droit ; les lois ou les textes, règles tracées par le législateur ; à défaut de textes, les principes, règles posées soit par la science doctrinale, soit par la jurisprudence ; enfin les usages qui ne sont que des lois tacites (1).

Cet agent, cet opérateur auquel aboutit toute controverse juridique, c'est le juge. Les moralistes eux-mêmes ne se sont jamais mépris sur l'importance de son rôle. Et pour ne citer que le plus original sinon le plus profond de tous, La Bruyère : « les hommes, disait-il, ont tant de peine à s'approcher sur les affaires, sont si épineux sur les moindres intérêts, si hérissés de difficultés, veulent si fort tromper et si peu être trompés, mettent si haut ce qui leur appartient et si bas ce qui appartient aux autres que je ne sais pas où et comment se peuvent conclure les mariages, les contrats, les acquisitions » (2).

La Bruyère le savait bien : uniquement parce qu'il y a des juges.

« Otez les passions, l'intérêt, l'injustice, disait-il encore (3), quel calme dans les grandes villes ! » Les passions, l'intérêt, l'injustice ce sont là toutes choses que l'on n'ôtera jamais des sociétés humaines puisqu'elles en constituent le fond, et néanmoins les plus grandes villes jouissent, aussi bien que les champs, d'un calme rarement troublé. A qui le doivent-elles ? Aux tribunaux, c'est-à-dire à des juges (4).

(1) Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitatur. Inst. Lib., 1, tit. II, § 9. Girard, *op. cit.*, p. 539.
(2) *Les caractères*, Edit. Lefèvre, *De l'homme,* t. I, p. 400.
(3) *Ibid.*
(4) Les Royaumes sans bon ordre de justice ne peuvent avoir durée

Il semble donc que le législateur aurait dû prendre à tâche de faciliter leur mission. Cependant on ne trouve nulle part dans notre législation française, si riche pourtant en règlements de tout genre, un ensemble de dispositions réunies, comme dans la loi romaine, sous le titre : *De l'office du juge.*

Tandis que le Digeste et le Code, voire même les Instituts, contiennent à cet égard un grand nombre de textes systématiquement groupés, rien dans nos Codes n'indique que le législateur se soit spécialement préoccupé de tracer au juge les règles à suivre pour atteindre plus sûrement le but de son institution.

Dans le lit de justice tenu à Rouen le 17 août 1563 pour l'enregistrement de l'Édit portant déclaration de la majorité de Charles IX, le Chancelier de l'Hôpital s'exprimait ainsi :

« Je ne parlerai des préceptes qui enseignent la manière de bien juger car vous en avez les livres pleins, vous admonesterez seulement comment vous vous devez comporter en vos jugements, sans blâme, tenant la droite voie sans décliner à dextre ni à senestre.... »

Il ne saurait être question dans ce travail de préceptes sur la manière de bien juger, ni moins encore de ces devoirs moraux que l'illustre chancelier rappelait dans la suite de ce même discours aux magistrats de Rouen et qui ont été depuis si souvent proclamés. Nous ne comptons pas nous préoccuper davantage de ces prescriptions particulières que les anciennes ordonnances royales et la législation moderne ont multipliées pour tracer aux

ne fermeté aucune (Préambule de l'ordonnance de 1453 qui sert d'épigraphe au beau livre d'Henrion de Pansey intitulé : *De l'autorité judiciaire en France*, que nous aurons souvent à citer.

juges les règles de leur profession. Il ne s'agit ici que du rôle juridique du magistrat siégeant au tribunal, en un mot de l'*officium judicis* proprement dit, tel que le concevait le droit romain.

« Les obligations professionnelles du magistrat, dit M. Garsonnet (1), sont de deux sortes : les unes concernent la conduite générale de sa vie, les autres regardent plus particulièrement le magistrat sur le siège, c'est-à-dire dans l'exercice de ses fonctions.

« Les devoirs généraux du magistrat sont principalement la résidence, l'assiduité aux audiences et l'abstention de tout acte qui pourrait compromettre sa dignité ou enchaîner son indépendance. »

L'observation de ces devoirs est assurée par les règlements dont l'ensemble constitue ce que l'on appelle la discipline judiciaire, matière essentiellement distincte de celle que nous nous proposons de traiter, puisque nous voulons nous borner à étudier le rôle du magistrat uniquement considéré comme dispensateur de la justice.

Sa mission, en cette qualité, commence au moment où le juge entre au prétoire et finit quand il prononce sur le différend qui lui a été soumis. Mais si tout semble se résumer pour lui dans la double opération et le double devoir d'écouter avec attention et patience et de juger sans passion et avec discernement, on sait que dans ce double rôle d'auditeur et d'arbitre il a des initiatives à prendre, des mesures à prescrire, des écueils à éviter. Il peut commettre des erreurs, sinon des fautes volontaires, des inadvertances ou des oublis ; il peut se

(1) *Cours de procédure*, t. I, § LV, p. 221.

méprendre sur le caractère et l'étendue de ses attributions, sortir du cercle que la loi lui trace et statuer autrement qu'elle ne l'y autorise; il peut même refuser indûment de se prononcer, retenir mal à propos la connaissance du litige ou se dessaisir à contre-temps, rendre une sentence irrégulière ou incomplète, accorder plus qu'on ne lui demande ou bien omettre de prononcer sur un point qui lui est soumis, pécher par le raisonnement et donner par suite à sa décision des motifs contradictoires, négliger même de la motiver, se méprendre sur la légalité des preuves qu'il ordonne et sur le sens des actes qu'il interprète, induire des faits qu'il constate de fausses conséquences juridiques, prononcer enfin des condamnations soit principales soit accessoires que ces faits ne justifient pas ou que le droit désavoue.

Le juge parcourt, en un mot, une route accidentée, souvent longue et toujours périlleuse, au cours de laquelle il rencontre des difficultés sans nombre dont il serait malaisé de dresser une nomenclature complète mais dont les principales peuvent du moins être signalées. Il convient de dire en effet que si notre législation s'est montrée plus discrète et plus sobre que le droit romain, en ce qui touche l'office du juge, elle n'est cependant pas restée absolument muette à cet égard. Mais ses dispositions ne sont point groupées méthodiquement; il n'est dès lors peut-être pas inutile de rassembler ces membres épars et de les coordonner.

Telle sera la part de notre effort personnel; la doctrine, et plus encore la jurisprudence, feront le reste.

Mais avant de marquer les grandes lignes et d'entrer dans le vif du sujet que nous venons de délimiter, il nous paraît nécessaire de présenter quelques considéra-

tions très générales sur la nature et le fondement de l'autorité judiciaire et sur le sens du mot juridiction. Ce sera la matière de notre premier chapitre.

Toutefois, avant d'aborder cette matière, nous ne saurions, ce nous semble, passer complètement sous silence une question qui trouve dans cette introduction une place indiquée sinon obligée. Dans un discours récent, que nous aurons encore l'occasion de citer, un avocat éminent (1) l'a posée en ces termes : faudrait-il dire avec certains auteurs qui disputent sur les mots que le pouvoir judiciaire n'est pas un pouvoir ? Nous demandons la permission de laisser à un de nos maîtres (2) le soin de répondre.

« La justice, nous a-t-il dit, est l'un des trois pouvoirs de l'État. Nous savons en effet qu'il y a dans l'État trois pouvoirs fondamentaux bien distincts : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Nous n'ignorons pas toutefois que certains auteurs soutiennent au contraire qu'il n'y a que deux pouvoirs distincts, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; seulement, dans ce système le pouvoir exécutif se subdivise lui-même en trois branches : gouvernement, administration et justice. Nous n'hésitons nullement à soutenir que cette théorie est, à notre avis, absolument fausse et tout à fait inadmissible. Sans avoir besoin de rappeler qu'elle a contre elle l'opinion des principaux philosophes et publicistes du siècle dernier et spécialement la grande autorité de Montesquieu (*Esprit des lois*, livre XI,

(1) Me Georges Devin, président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Discours prononcé à la séance d'ouverture de la Conférence du stage le 21 novembre 1896.

(2) M. Glasson à son cours.

ch. VI), nous ferons observer que si les magistrats sont nommés par le pouvoir exécutif — et c'est là l'argument capital de la théorie contraire, — il y a des pays où il n'en est pas ainsi et que, même chez nous, il y a des magistrats qui ne sont point nommés par le pouvoir exécutif; tels sont notamment les juges des tribunaux de commerce et les membres des conseils de prud'hommes.

« Aux partisans de cette théorie l'on peut objecter que s'ils étaient conséquents avec eux-mêmes, ils devraient pousser leur système jusqu'au bout et absorber le pouvoir exécutif dans le pouvoir législatif, comme ils absorbent le pouvoir judiciaire dans le pouvoir exécutif, et pour des raisons absolument identiques; car, il faut bien remarquer que le chef du pouvoir exécutif, le Président de la République lui-même, est nommé par le pouvoir législatif. Et c'est pour ces diverses raisons, sans en indiquer d'autres, que nous croyons nécessaire de considérer le pouvoir judiciaire comme un pouvoir distinct et d'assurer le plus possible son indépendance absolue (1). »

(1) Le discours que nous rappelions tout à l'heure arrive aux mêmes conclusions : « Le Parlement fût-il vraiment l'expression complète, unanime et toujours exacte de la volonté nationale, fût-il un souverain aussi absolu que le monarque d'une théocratie, ce serait une erreur de principe, en même temps qu'un redoutable danger, de ne pas constituer à côté de lui, pour l'administration de la justice, un pouvoir indépendant connaissant de tous les litiges. »

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE ET DES DIFFÉRENTES SORTES DE JURIDICTIONS. — PLAN ET DIVISION DE CETTE ÉTUDE.

SECTION I. — De la nature du pouvoir judiciaire.

Qu'est-ce que le juge?

Ce mot qui revient souvent dans le langage de la pratique judiciaire y prend une acception déterminée qu'il convient de préciser, car pour connaître le but et le rôle d'une fonction il est indispensable de savoir exactement en quoi elle consiste. Nous disons donc que le juge est un magistrat investi par la puissance ou l'autorité publique du droit et du pouvoir de terminer un différend par une sentence. Tous les juges sont en général des magistrats, mais tous les magistrats ne sont pas des juges. On donne en effet ce nom de magistrats à des fonctionnaires de l'ordre administratif qui n'ont pas le droit de rendre la justice et n'ont qu'un pouvoir d'administration ou de police (1)... Au point de vue de l'application de certaines lois pénales il est d'un grand intérêt de savoir si tel ou tel citoyen est ou non revêtu de la qualité de magistrat; au point de vue où nous entendons nous placer, il importe uniquement de savoir quels

(1) Garsonnet, *op. cit.*, I, p. 176 et note.

magistrats ont la qualité de juges. Ceux-là seuls ont droit à ce titre qui concourent à l'administration de la justice distributive ou répressive, ceux en un mot que l'on désignait dans l'ancien régime sous le nom d'officiers de justice.

En effet le titre en vertu duquel le juge exerce sa fonction n'a pas toujours été le même.

« L'office », disait Domat (1), « est un titre donné par des lettres du prince qu'on appelle provisions, qui confèrent le pouvoir et imposent le devoir d'exercer quelques fonctions publiques et les officiers sont ceux qui sont pourvus de ces titres.

« On peut distinguer les différentes sortes d'offices et d'officiers par diverses vues qui en font de différents ordres, car il y en a de *justice*, de police, de finances, de guerre, de la maison du roi et de plusieurs autres différents ordres. »

Les offices, notamment ceux de judicature, étaient, comme on sait, vénaux et héréditaires (2), et il serait superflu de rappeler ici à quelles critiques cette vénalité

(1) *Droit public*, liv. II, tit. I, préamb. page 109, col. I de l'édition in-f° de MDCCLXXVII.

(2) A l'exception toutefois des hautes dignités de la magistrature. Celle de premier président, par exemple, ne se vendait pas (Dall., *Rép.*, V° *Organisation judiciaire*, ch. 1, sect. 3, n° 85). Ces grandes charges ne pouvaient être occupées en office ; elles n'étaient tenues qu'en commission. On distinguait en effet l'une de l'autre. La principale différence qui était faite dans l'ancienne législation sur les offices, entre l'office et la commission, c'était que la commission n'était que temporaire et toujours révocable à la volonté du prince d'où elle était émanée, et que l'office n'était pas révocable pendant la vie de l'officier qui en avait obtenu les provisions, lequel ne pouvait en être privé que par un jugement de forfaiture (Dard, *Traité des offices*, liv. I, ch. II, t. 1, page 17).

avait donné lieu tant de la part des jurisconsultes que des moralistes.

Il n'existe plus aujourd'hui et depuis le décret du 4 août 1789 d'officiers de justice dans le sens propre du mot, puisque ce décret a supprimé la propriété des offices. On n'entreprendra pas de retracer, même à grands traits, l'histoire des divers systèmes successivement adoptés depuis cette époque jusqu'à nos jours pour conférer l'investiture aux juges, et moins encore de se livrer à un examen critique de ces systèmes. Il suffira de rappeler qu'aujourd'hui les juges sont nommés par le chef de l'État, sur la proposition du Ministre de la Justice (1), que le magistrat nommé doit se faire recevoir et installer dans ses fonctions ; qu'à partir de son installation le juge est en pleine possession de ses pouvoirs, que la prestation de serment constitue la formalité essentielle, et, si l'on peut ainsi parler, la caractéristique de la réception du juge et le sceau de son investiture. Ce serment est purement professionnel comme il convient pour des hommes qui doivent se renfermer tout entiers dans l'exercice de leur ministère. Nous ne parlerons pas non plus des conditions de capacité requises pour être admis à remplir des fonctions de judicature (2-3), ni des garanties résultant pour les justicia-

(1) Garsonnet, t. II, page 187.

(2) Garsonnet, *ibid.*, pages 191-202.

(3) Le jurisconsulte Paul avait très heureusement indiqué dans le texte suivant, les diverses causes qui peuvent faire obstacle à l'investiture du pouvoir judiciaire au profit de telle ou telle catégorie de personnes :

« Quidam lege impediuntur ne judices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura ut surdus, mutus et perpetuo furiosus et impubes quià judicio carent. Lege impeditur qui senatu motus est. Moribus feminæ et servi, non quia non habent judicium, sed quia receptum est ut civilibus



bles du principe de l'inamovibilité des magistrats. Il s'agit uniquement du rôle qu'ils ont à jouer et de la mission qui leur incombe.

« Les gouvernements, dit Henrion de Pansey (1), dépositaires de toutes les forces comme de toutes les volontés individuelles, doivent à tous une justice que chacun

officiis non funguntur. » L. 12, § 2, D., *de judiciis et ubi quisque* etc. On sait la campagne qui a été entreprise ces derniers temps, dans le nouveau comme dans l'ancien monde, sous le nom de mouvement féministe, pour protester contre cette exclusion des fonctions publiques que nos mœurs comme les mœurs anciennes ont introduite au préjudice des femmes. Il n'est peut-être pas sans intérêt de rappeler ici ce qu'en pensaient nos vieux jurisconsultes français.

Si les législateurs, écrivait Dantoine, ont exclu de tout temps les femmes des offices publics, je dirai avec Godefroy que les motifs de cette exclusion ne sont nullement de certains défauts que l'on attribue et que l'on croit trouver dans ce sexe. Est-ce l'inconstance ? Souvent il est plus fixe dnas ses sentiments que le nôtre. Est-ce la fragilité ? Il fait souvent paraître plus de fermeté que nous. Est-ce défaut de pénétration ? Les femmes ont autant d'esprit que les hommes, et, dès lors qu'elles se portent à la vertu et à l'étude, elles y vont avec plus d'ardeur que nous et y font plus de progrès.

Quel est donc le motif de cette exclusion ? Si nous en croyons la loi, c'est l'usage et rien de plus : « Moribus prohibentur judices dari non quia non habent animi judicium sed quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur. » Mais sur quoi est fondé cet usage ? Car tout usage, pour n'être pas tyrannique, doit être appuyé sur la raison. Je réponds à cela que c'est une raison de pudeur, cette pudeur qui sied si bien au sexe et qui par bienséance la doit éloigner des assemblées publiques. Pourraient-elles postuler en qualité d'avocat pour défendre la cause d'autrui et monter sur les rangs des juges, pour la régler sans se mêler parmi les gens de justice que Justinien appelle *agmen judiciale.* « Dedecet mulierem quæ pudicitiæ suæ memor esse debet in cœtum virorum prodire. Fœminæ ab omni officiali agmine separari debent. » Sans doute ce serait exposer cette pudeur qui doit leur être chère. On peut donc assurer que la bienséance est la seule cause qui a éloigné les femmes de l'embarras des offices publics, si ce n'est qu'on veuille ajouter pour seconde raison les ménagements que l'on doit avoir pour la complexion de ce sexe qui doit se réserver à des occupations plus douces et plus tranquilles (J.-B. Dantoine, *Les règles du droit civil,* etc., Lyon, 1710).

(1) *De l'autorité judiciaire*, chap. XXIV, sect. 10.

s'est interdit de se rendre à soi-même : de là l'institution des juges..., du caractère de leur institution découlent tous leurs devoirs. »

Le droit de juger résulte donc d'une investiture accordée par la puissance publique. Mais en réalité que délègue-t-elle au citoyen investi de la qualité de juge ? Est-ce uniquement le droit d'examiner une contestation juridique et de la terminer par une sentence ? C'est là sans doute le principal attribut du droit de juger, mais, considéré à ce premier point de vue, ce droit constituerait plutôt une sorte de faculté que de simples particuliers pourraient exercer comme une prérogative naturelle et qu'ils exercent en réalité dans le cas d'arbitrage. L'autorité ou le pouvoir judiciaire comprend donc quelque chose de plus que le droit de statuer sur un différend ; cet autre élément essentiel que la puissance publique communique au juge c'est le commandement, l'*imperium*. C'est là ce qu'il n'appartient pas aux particuliers de s'arroger ou de déléguer parce qu'ils ne disposent pas de la puissance publique; rien ne leur défend de dire le droit mais ils n'ont pas le pouvoir de rendre un jugement dans le vrai sens du mot (1). Leur décision

(1) « Et alias quoque multum interest inter jus dicere et judicare » (Vinnius, *Tractatus de jurisdictione et imperio*, cap. V, n° 5). Cette idée a été magistralement développée dans un très intéressant arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 25 novembre 1848 (D. P. 1850. 2. 178) où on lit : « que le juge ne prononce que sur des faits acquis et constants desquels résultent des droits et obligations ; mais que son intervention est vainement réclamée lorsque le droit n'a pas été réalisé par un fait dont la légalité est contestée par celui contre lequel il est dirigé et qui doit en subir les conséquences; que les premiers juges ont pris pour base de leur décision une pure hypothèse qui peut ne jamais se réaliser ; ils ont en un mot *transformé leur caractère en celui de jurisconsultes* ; ceux-ci, en effet, tracent aux parties la ligne de conduite qu'elles doivent suivre...., tandis que le juge se borne à déclarer si un fait accompli est l'exercice d'un droit légitime ou s'il constitue un abus. »

n'aura d'autre valeur que celle d'une appréciation personnelle qu'il sera loisible aux parties intéressées de prendre ou non en considération mais qui n'aura d'autre autorité que celle qu'il plaira à ces mêmes parties de lui donner ; elle n'obligera légalement aucune d'elles. C'est donc à la puissance publique seule qu'il appartient de conférer la juridiction au sens propre de ce mot, c'est-à-dire avec tous les attributs et toutes les prérogatives qu'il implique.

C'est en effet une théorie traditionnelle et classique que l'autorité judiciaire, autrement dit le pouvoir conféré au juge, se compose de deux éléments : la juridiction proprement dite et le commandement. En quoi l'un se distingue-t-il de l'autre ? Comment leur réunion constitue-t-elle le pouvoir judiciaire ?

Il résulte d'un texte de Paul (1) que lorsque le jugement d'une affaire a été confié à un simple particulier on est censé lui avoir conféré en même temps cette sorte de commandement ou d'*imperium*, autre que l'*imperium merum*, car, dit le jurisconsulte, il n'y a pas de juridiction sans un certain pouvoir de contrainte : « quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est ».

Les jurisconsultes romains reconnaissaient, en effet, deux sortes d'*imperium* : l'un qu'ils appelaient *merum* qui n'était autre que la puissance du glaive pour punir les criminels et qu'ils nommaient aussi *potestas* ; l'autre qu'ils qualifiaient de *mixtum* et qu'ils considéraient comme faisant partie essentielle et intégrante de la juridiction (2). Nous ne saurions nous étendre sur les

(1) L. 5, § 1, D., *De officio ejus cui mandata est jurisdictio.*

(2) Ulp., L. 3, D., *De jurisdictione*, I, 22. C'est encore ce qui résulte d'un passage du discours de Cicéron, *pro Murena* (cap. XX), où l'ora-

caractères du *merum imperium* ni rééditer à ce sujet une théorie qui n'a qu'un rapport éloigné avec cette étude, mais il convient peut-être de dire quelques mots du *mixtum imperium* qui fait partie intégrante de la juridiction, *quod jurisdictioni cohæret,* suivant l'expression de Vinnius (1).

Ce jurisconsulte nous paraît l'avoir défini avec une heureuse précision lorsqu'il a dit : *mixtum imperium est potestas cohærens jurisdictioni comparata ad eam tuendam atque explicandam. Dicitur mixtum propterea quod conjunctum est cum jurisdictione eique cohæret et inest* (2).

Ainsi l'*imperium mixtum* fait partie intégrante, nécessaire, constitutive de la juridiction, à ce point que l'une ne saurait se concevoir sans l'adjonction de l'autre. Pourquoi cette adjonction? Est-elle indispensable? L'auteur que nous venons de citer se charge encore de répondre (3).

En raison, nous dit-il, de l'audace des plaideurs récalcitrants qui refusent d'obéir aux décisions et d'obtempérer aux décrets des magistrats dans les causes civiles, il est devenu nécessaire de détacher, pour ainsi dire, une portion de l'*imperium* pour l'adjoindre à la juridiction afin que le magistrat armé de ce pouvoir puisse la défendre, faire exécuter tout ce qu'il a ordonné et décrété

teur oppose très nettement la juridiction civile échue à son client, au moment de sa préture et la *quæstio peculatus*, c'est-à-dire la poursuite des concussionnaires qui incomba à la même époque au concurrent de Murena, le jurisconsulte Sulpicius, *quæstio* qui n'était autre que le *merum imperium* (Vinnius, *Tract. cit.*, I, § 1).

(1) *Ibid.*, cap. V, Pro.

(2) *Ibid.*, cap. VII, § 1.

(3) *Ibid.*, § 2.

en vertu de cette même juridiction, accomplir enfin toutes choses sans lesquelles celle-ci ne serait qu'un mot.

L'*imperium mixtum* tend donc à une double fin ou plutôt il renferme un double pouvoir : l'un qui sauvegarde la fonction du juge : *coercitio*, l'autre qui assure l'exécution de ses sentences : *executio*. En quoi consistent précisément l'une et l'autre ?

Jurisdictio, nous a dit le jurisconsulte Paul, *sine modica coercitione nulla est.* La coercition, dit à son tour Henrion de Pansey (1) s'inspirant de ce texte, consiste dans le droit qui appartient à tous les juges de punir par des peines légères, telles qu'une amende peu considérable ou un emprisonnement de peu de durée, les injures qui leur seraient faites dans l'exercice de leurs fonctions. En effet, tous les juges, quelque rang qu'ils occupent dans la hiérarchie, ont ce droit de coercition ; il leur était assuré par les lois romaines (2), comme il l'est par les lois françaises (3).

C'est donc dans ce pouvoir de répression ou de police que réside à proprement parler cette partie de l'*imperium mixtum* à laquelle les jurisconsultes donnent le nom de *coercitio* ; par où l'on voit que si la *coercitio* fait partie nécessaire de la juridiction elle n'en constitue pas cependant l'élément essentiel ; elle en est plutôt l'auxiliaire et le soutien, la protectrice si l'on peut ainsi parler. Elle sauvegarde la fonction du juge plus encore

(1) *Op. cit.*, ch. VI ; p. 141, édition de 1818.

(2) « Omnibus magistratibus secundum jus potestatis suæ concessum est jurisdictionem suam defendere pœnali judicio. » L. I, pr., D., *si quis jus dicenti*, II, 3.

« Contemni non patitur qui jus reddit. » L. 19, D., *de officio præsidis*, I, 18.

(3) Art. 10 et suiv., 19 et suiv. C. pr. civ.

qu'elle ne consacre ses opérations ; elle lui permet d'exercer son ministère en toute liberté et dignité, mais ce n'est pas elle qui lui donne sa véritable force, qui lui communique l'autorité indispensable pour que sa décision devienne une loi et soit obéie, disons le mot, soit *exécutée* comme telle.

Vous voyez, disait Cicéron, dans un passage célèbre du *Traité des lois* (1), quelle est la puissance du magistrat : il préside, il prescrit tout ce qui est juste, utile, conforme aux lois. Les lois commandent aux magistrats comme les magistrats au peuple et l'on peut dire avec vérité que le magistrat est la loi parlante et la loi le magistrat muet.

Comment cette loi parlante se fera-t-elle obéir ?

C'est ici qu'intervient le deuxième élément ou plutôt l'élément essentiel de l'*imperium mixtum*, celui que le jurisconsulte Heineccius (2) appelle *vis et coactio* dans un passage qui mérite d'être rapporté intégralement parce qu'il nous paraît jeter une grande clarté sur cette matière. *Quumque jurisdictio in sola notione consistat, sequitur ut ea tantum in decernendo et judice dando sit posita : ut, simul ac aliqua vis et coactio accedit, statim sese exserat imperium, ut non exsequutio, sed sententia, sit extremum in jurisdictione.* Que nous enseigne ce texte ? C'est que l'*imperium mixtum*, de quelque façon qu'on l'envisage, sous son premier aspect, *coercitio*, ou sous le deuxième, *executio*, n'est pas tellement

(1) Lib. III, 1. C'est la même pensée qu'exprimait Étienne Pasquier dans son *Pour parler du Prince* lorsqu'il dit : « Et c'est une reigle asseurée qui est requise en toute République bien policée, que le peuple soit sujet au magistrat, et le magistrat à la loy. »

(2) Heineccius, *ad Pandectas*, lib. II, tit. I, § 244, cité par Henrion de Pansey, p. 140, note.

incorporé à la juridiction proprement dite qu'il ne puisse nettement s'en distinguer. C'est une sorte d'accession plutôt que d'incorporation, si bien que le juge n'a pas encore fait acte de juridiction ou l'a épuisée lorsque l'*imperium* se manifeste. Que le magistrat fasse respecter son autorité à l'audience même par l'application d'une pénalité, ou que sa décision se revête de la formule exécutoire qui lui donnera force de loi, il agit, dans l'un et l'autre cas, en dehors de l'opération de juridiction proprement dite qui consiste réellement, comme l'a dit Heineccius, *in notione et in decernendo*. L'*imperium* n'étant ainsi que l'accessoire de la juridiction, quelle en est la conséquence ? C'est qu'il n'a rien d'absolu, qu'il est au contraire tout relatif et restreint aux proportions où il est indispensable ; qu'il ne peut s'exercer que dans la sphère même de la juridiction, pour la rendre possible et efficace. C'est un point qu'il importait de mettre en lumière sans retard. S'il est en effet une vérité fondamentale en cette matière, c'est que le pouvoir du juge se trouve étroitement circonscrit dans les limites du cas particulier qui lui est soumis, limites que le Code civil semble avoir eu hâte de lui tracer (1). Nous reviendrons sur ce point, mais tenons d'ores et déjà pour certain que l'*imperium* du juge est exactement mesuré et proportionné à l'étendue de sa mission. Que le juge éprouve le besoin de s'éclairer pour mieux apprécier le différend qui lui est soumis, qu'à cet effet il considère comme indispensable d'amener devant lui une partie qui ne figurait pas à l'origine dans l'instance, il rend une décision pour ordonner sa mise en cause et

(1) Art. 6, C. civ.

son *imperium* assure l'exécution de cette décision dans les termes où elle est rendue mais non point au delà. En un mot l'*imperium* ne s'exerce et ne produit son effet que dans la sphère des attributions légales du magistrat.

De même, disait Vinnius (1), que l'on ne conçoit pas un magistrat sans juridiction, de même on ne le conçoit pas sans quelque autorité pour défendre cette juridiction et faire exécuter ce qu'il a décidé ou ordonné. Il n'est pas nécessaire que tout magistrat possède ce pouvoir dans sa plénitude non plus qu'il ait pleine juridiction, mais encore faut-il qu'il possède une portion d'*imperium* suffisante pour protéger sa fonction et assurer l'exécution de ses sentences.

En résumant cette théorie, Henrion de Pansey à qui nous en avons emprunté les éléments, s'exprime en ces termes (2) : « on voit que l'autorité judiciaire a deux parties très distinctes, la juridiction et le commandement ; que la juridiction est concentrée dans le double droit de connaître des procès et de les terminer par un jugement et que, par son union avec la juridiction, le commandement se modifie de manière que tous ses mouvements sont réglés par la loi et qu'il ne peut agir que pour faire exécuter les décrets de justice. En dernière analyse, tout cela s'explique par les mots suivants : *notio*, *vocatio*, *coercitio*, *judicium* (3), *executio*. »

Ces idées générales exposées et les éléments de l'au-

(1) *Op. cit.*, VII, § 13.
(2) Ch. VI, page 143.
(3) Peut-être serait-il plus exact de remplacer le mot *judicium* par celui de *sententia* ; le premier signifiait plutôt l'instance que le jugement lui-même ou la décision de justice qui se traduit rigoureusement par le mot *sententia*.

torité judiciaire ainsi analysés et définis, essayons de fixer le sens du mot juridiction. *Nunc de jurisdictione videamus, prout ea vox in usu juris sumitur* (1).

SECTION II. — Des différentes sortes de juridictions.

« Outre les officiers des cours souveraines », écrivait Loyseau (2), « il n'y a d'ailleurs que ceux de la *justice ordinaire* qui soient de vrais magistrats, ayant seuls puissance ordinaire, *juridiction entière* et vrai détroit et *territoire* qui est à nous la marque de la juridiction et magistrature. »

Il y a dans ce passage des expressions que nous avons soulignées et qui doivent être bien comprises : *justice ordinaire*, *juridiction entière*, *territoire*. Quel est le véritable sens de ces mots ? A quelles réalités, à quelles nécessités répondent-ils ? Faute de s'expliquer à cet égard on s'expose à tomber dans de regrettables confusions.

Tous les interprètes anciens et modernes nous parlent en effet de juridiction ordinaire et de juridiction extraordinaire ; quels sont donc les caractères distinctifs de l'une ou l'autre ? On peut ici, comme en toute matière, procéder pour s'éclairer, soit par voie de définition *à priori*, soit par voie d'observation des faits.

La première méthode était en général celle de nos anciens jurisconsultes ; on préfère aujourd'hui la seconde, et non sans raison, car il n'y a pas de fondement plus

(1) Vinnius, *op. cit.*, cap. V, pr.
(2) *Traité des offices*, l. I, ch. 6, n° 48.

solide, surtout dans les sciences morales, que l'observation et l'étude attentive des faits.

Adoptant au contraire le premier procédé fort en honneur de son temps, Vinnius (1) définissait la juridiction ordinaire celle qui appartient au magistrat d'après le droit ordinaire et la coutume admise chez les ancêtres. A l'inverse, la juridiction extraordinaire est celle qui dérive d'une concession spéciale de la loi ou du prince et ne découle point du droit ordinaire. Qu'est-ce donc que ce droit ordinaire, et que vient faire ici la coutume des ancêtres ? Tout cela demandait peut-être quelques explications que Vinnius ne nous donne pas et qui sont pourtant indispensables pour jeter quelque jour sur cette matière. Plaçons-nous donc en présence des faits.

Il est clair qu'à l'origine des temps, c'est-à-dire des sociétés organisées, on ne connaissait qu'une seule juridiction (2). Toutes les difficultés contentieuses étaient soumises au même juge dont la tâche d'ailleurs assez peu compliquée devait ressembler sans doute à celle de nos juges de paix siégeant comme magistrats conciliateurs. Il n'était pas, il ne pouvait pas être alors question de juridiction extraordinaire ; un seul juge ou du

(1) *Op. cit.*, cap. VI, pr.

(2) A l'époque royale l'organisation judiciaire était tout à fait à l'état rudimentaire. Cicéron affirme qu'un particulier n'était jamais chargé de statuer sur un procès ni comme juge, ni comme arbitre ; le roi prononçait seul sur les différends soumis à la justice publique : il était à la fois magistrat et juge (Cic., *De Rep.*, V, 2). Ce n'est pas qu'on lui eût spécialement conféré ce pouvoir : les notions abstraites comme la notion du pouvoir étaient étrangères aux Romains des premiers siècles.

Cuq, *Les institutions juridiques des Romains*, l. II, ch. 14, p. 402). Cf. Ortolan, t. I, p. 480 et suiv.

La royauté, disait Cicéron dans le passage précité, n'a pas de plus beau privilège que la recherche de l'équité, ce qui comprend l'interprétation du droit.

moins un seul corps judiciaire suffisait à tout et à tous et réunissait tous les attributs de la juridiction tels que nous les avons précédemment énumérés. C'est ainsi que les choses se passaient chez les ancêtres : *more à majoribus recepto.*

Mais lorsque le clan ou l'agglomération primitive devient peuple, lorsque la tribu originaire se transforme en nation, lorsque l'idée de Gouvernement et la notion de l'Etat commencent à se dégager sous l'empire des nécessités sociales de jour en jour plus variées et plus pressantes, l'autorité judiciaire se répartit et se divise entre divers organes qui tous conservent les mêmes attributs que le juge ou le corps de juges primitif. Ils ne les conservent toutefois que sur des portions déterminées du sol spécialement placées sous leur juridiction. C'est encore la juridiction ordinaire, mais une juridiction ordinaire localisée. A quel moment naîtra donc la juridiction extraordinaire ? Nous laisserons à un de nos plus grands jurisconsultes le soin de nous l'apprendre.

« Comme dans les grands états la multitude des affaires a fait naître une infinité de différends de diverses sortes et a donné naissance à la multiplication et des lois et des matières, on a eu besoin de juges qui, outre la connaissance des règles de l'équité naturelle, eussent la science de ces lois et du détail de ces matières, et on a donné à ces juges leur dignité, leur autorité et distingué même leurs fonctions, *établissant de différentes juridictions pour en juger les différentes sortes de matières* (1). »

« Ainsi, continue le même auteur, on voit dans le

(1) Domat, *Droit public*, Liv. XI. Des officiers et autres personnes qui participent aux fonctions publiques.

droit romain un grand nombre de divers magistrats dont les juridictions étaient distinguées et dont quelques-uns avaient le pouvoir de donner des juges qu'ils choisissaient eux-mêmes pour juger les différends qui pouvaient naître entre les particuliers. On peut juger par cette diversité de magistrats dont on voit les noms et les différentes fonctions dans le droit romain, que les différentes juridictions qu'on voit en France ne sont pas une nouveauté. »

Venant ensuite à ce qui se passait chez nous de son temps, Domat explique avec cette clarté qui lui est propre comment la diversité des fonctions a entraîné celle des juridictions et, dans un passage dont Henrion de Pansey s'est manifestement inspiré, il découvre l'origine et le fondement des juridictions extraordinaires. « Ces juridictions, dit-il dans une formule heureuse, sont distinguées par les différentes matières de leur compétence ; » ce qui signifie, en d'autres termes, que ces juridictions ne peuvent connaître que des matières qui leur sont expressément attribuées, à l'inverse des juridictions ordinaires ou primitives qui ont la plénitude du pouvoir judiciaire. Leur compétence dans les limites de leur circonscription s'étend par suite à toutes les matières, exception faite de celles dont la connaissance leur a été formellement enlevée par la loi.

Deux autres de nos anciens jurisconsultes, Dumoulin et Heineccius ont également défini l'une et l'autre juridiction. *Ordinaria jurisdictio*, a dit le premier (1), *illa est quæ per legem vel principem datur universaliter pro modo territorii. Extraordinaria jurisdictio*,

(1) Ad lib. III Codicis, Tit. 13.

dit d'autre part Heineccius (1), *est quæ non nisi certis magistratibus speciali lege defertur.*

Et ces définitions sont développées dans un lumineux passage de Loyseau qui pourrait servir d'exposé des motifs à nos lois organiques de la matière. En effet, la distinction si nettement établie par ce jurisconsulte entre les deux juridictions ordinaire et extraordinaire résulte clairement de la loi du 24 août 1790 qui porte (2): « les juges de district connaîtront en première instance de toutes les affaires personnelles, réelles et mixtes, en toutes matières, excepté seulement celles qui ont été déclarées de la compétence des juges de paix, les affaires de commerce dans les districts où il y aura des tribunaux établis et le contentieux de la police municipale. »

C'est ainsi que les tribunaux civils d'arrondissement et les cours d'appel constituent aujourd'hui des juridictions ordinaires, tandis que les juridictions extraordinaires comprennent les tribunaux de paix et de commerce ainsi que les conseils de prud'hommes. Nous ne parlons pas de la Cour de cassation, juridiction toute spéciale qui, en aucun cas et sous aucun prétexte, ne connaît du fond des affaires.

Reste à expliquer une dernière expression que nous avons rencontrée sous la plume de Vinnius, de Loyseau et de quelques autres ; c'est l'expression de *territoire.* Qu'est-ce que le territoire au sens juridique?

La loi 239, § 8, D., *de verborum significatione*, répond en ces termes : « *Territorium dictum est ab eo quod magistratus intra fines ejus terrendi jus habent.* »

(1) *Ad Pand.*, L. II, Tit. I, p. 251.
(2) Tit. IV, art. 4.

Nous sommes loin, comme on le voit, de l'idée que l'on se fait généralement des mots territoire, circonscription territoriale. Ils ne désignent pas seulement une expression géographique, ils se réfèrent à l'un des éléments de l'autorité judiciaire que nous avons précédemment déterminé : l'*imperium*. Seules ont le droit de territoire les juridictions qui jouissent de la plénitude de cette autorité. Qu'en résulte-t-il ? C'est que les juridictions ordinaires ayant seules le *jus territorii*, seules aussi elles sont en possession de cet élément de l'autorité judiciaire que nous avons désigné sous le nom d'*executio* : de telle sorte que si des difficultés s'élèvent sur l'exécution d'une sentence rendue par un tribunal d'exception, ce n'est pas à ce tribunal mais à la juridiction ordinaire qu'appartiendra la connaissance de cette difficulté. « *Suas sententias exsequi non possunt*, disait d'Argentré (1), *qui territorium non habent.* »

A l'idée de territoire se rattache étroitement celle de compétence qui implique elle-même une idée de capacité, d'aptitude, d'exercice légitime. On dit en effet qu'une juridiction est compétente (2) lorsqu'elle a le droit de juger le litige qui lui est soumis, sans qu'aucune juridiction rivale puisse lui disputer ce droit et lui enlever la connaissance de ce litige. Or les juridictions ordinaires ont une compétence générale et beaucoup plus étendue que celle des juridictions extraordinaires ou d'exception. Le moment n'est pas venu d'insister sur cette idée et de distinguer les différentes espèces de

(1) Coutume de Bretagne, art. 19, not. 1, nº 40.

(2) M. Garsonnet (T. I, § 148, p. 631) définit la compétence en disant que c'est l'aptitude d'un tribunal ou d'une cour à connaître d'une action ou d'une défense.

compétence, mais nous terminerons cette section de notre chapitre en disant quelques mots sur les autres divisions des juridictions.

« *Notabilis est distributio jurisdictionis,* disait Vinnius (1), *in propriam, mandatam et prologatam.* » Si cette étude avait eu pour objet le droit romain, nous aurions dû insister sur la première division et distinguer soigneusement la juridiction propre de la juridiction déléguée. Mais cette distinction qui était d'une si haute importance dans l'organisation judiciaire romaine n'en a plus aucune dans la nôtre où toute justice est déléguée, c'est-à-dire exercée par des tribunaux chargés de la rendre et qui ne peuvent s'en remettre à d'autres du même soin (2). Ne parlons dès lors que de la prorogation de juridiction.

« *Prorogatio jurisdictionis,* disait le jurisconsulte (3) que nous citions tout à l'heure, *nihil aliud est quam jurisdictionis extra fines suos consensu privatorum facta productio.* » C'est à peu près la définition de Noodt (*de jurisdictione et imperio*, lib. II, cap. XII) : « *Prorogata dicitur jurisdictio quum litigantium consensu profertur extra terminos quibus includitur.* » Enfin Heineccius (*ad Pand.*, L. II, Tit. 2, n° 252) donne encore une autre définition que Henrion de Pansey considère comme plus complète parce qu'elle comprend la prorogation légale : « *prorogata jurisdictio est quæ voluntate partium vel ex præcepto legis extra terminos suos exercetur.* »

Le fondement de la prorogation de juridiction, c'est-

(1) *Tract. civ.*, cap. VIII, pr.
(2) Garsonnet, t. I, § 3, p. 12.
(3) Vinnius, cap. X, pr.

à-dire le fait qui lui donne naissance et la rend légitime a été mis en pleine lumière par Ulpien (1) : *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni et consentiant, inter consentientes cujusve judicis qui tribunali præest vel aliam jurisdictionem habet est jurisdictio. Consensisse autem videntur qui sciant se non esse subjectos jurisdictioni ejus et in eum consentiant ; cæterum si putant ejus jurisdictionem esse non erit ejus jurisdictio : error enim litigatorum (ut Julianus quoque libro I Digestorum scribit) non habet consensum : aut si putaverunt alium esse prætorem pro alio, æque error non dedit jurisdictionem : aut si cum restitisset quivis ex litigatoribus, viribus præturæ compulsus est, nulla jurisdictio est.*

Ainsi quoique les juridictions soient organisées par la puissance publique, il appartient néanmoins aux particuliers de les étendre, encore qu'ils ne puissent les créer, mais il faut que la volonté des parties à cet égard soit formelle et non équivoque. Ici, comme en bien d'autres matières, la convention tient lieu de loi et pour ainsi parler de loi organique, mais il est indispensable que cette volonté créatrice soit libre, éclairée et qu'elle ne soit viciée ni par la violence ni par la crainte (2). Il n'est cependant pas nécessaire que cette volonté soit expresse. On reconnaît, en effet, que la prorogation volontaire peut, dans certains cas, se produire tacitement, par exemple lorsqu'une partie comparaissant devant le juge qui n'est point celui de son domicile, n'élève aucune réclamation et ne demande pas son renvoi devant un autre tribunal. Mais encore faut-il que cette partie agisse en toute li-

(1) L. 1, D., *de judiciis*, V, 1.

(2) Voluntate sublata e medio, disait Dumoulin, omnis actus est indifferens.

berté et en pleine connaissance de cause. Il serait hors de propos d'insister sur les différentes sortes de prorogation et de distinguer notamment entre les diverses espèces de prorogation volontaire qui toutes ont pour cause le consentement des parties (1) ; mais, et c'est le point qui nous intéresse, le consentement du juge est-il également indispensable pour que la juridiction puisse être prorogée ? Il semble que puisqu'il s'agit de sa propre juridiction l'affirmative ne saurait être douteuse ; mais le jurisconsulte cité en note s'inspirant de la loi 2, § 1, D, *de judiciis*, ajoute : *ac ne ejus quidem cujus jurisdictio prorogatur*.

Sans présenter une théorie complète de la prorogation de juridiction, nous ne saurions quitter le terrain des idées générales qu'après avoir dit un mot de la prorogation légale. On la désigne sous ce nom, non point, comme on pourrait le croire, parce qu'elle s'opère par le fait seul de la loi, mais simplement avec son autorisation et par le seul fait du défendeur. C'est celle que l'on nomme reconvention dans le langage de la pratique et dont le principe a été indiqué par Heineccius (2) dans les termes suivants : *Ex praecepto enim legis jurisdictio prorogatur per reconventionem quae est mutua litigantium coram eodem judice petitio. Leges enim probant hoc axioma : cujus in agendo actor servat arbitrium eum et contra se judicem non dedignari debet.*

Il est inutile d'expliquer ce qu'on entend par juridiction en premier et en dernier ressort. Mais nous devons

(1) « Illud ante omnia pro certo habendum », dit encore Vinnius (*op. cit.*, cap. X, § 4) « prorogationem esse actum partium ac proinde non aliorum consensum hic exigi quam ipsorum litigatorum. »

(2) *Ad Pandectas*, l. II, tit. I, n. 256 et Henrion de Pansey, p. 240.

au contraire nous arrêter un instant sur une distinction qui nous intéresse particulièrement et qui se réfère à la juridiction contentieuse d'une part et de l'autre à la juridiction volontaire. C'est encore dans la loi romaine que nous trouvons le fondement de cette distinction. *Contentiosa jurisdictio est*, d'après Vinnius (1), *quae exercetur in invitos judicio pecuniario seu civili contendentes. Voluntaria jurisdictio est quae exercetur auctore magistratu in volentes in iis quae geruntur extra judicium* (2).

Cette distinction, de même que la précédente, est encore d'une grande importance au point de vue de l'office du juge. Qu'est-ce en effet que cette connaissance de cause *causæ cognitio* dont il est question dans les définitions d'Heineccius et qui constitue un des caractères constitutifs d'une des juridictions ? Existe-t-il donc des cas où le juge peut prononcer *causa non cognita*, sans se préoccuper du rôle que viennent jouer devant lui les parties qui font appel à son intervention, pourvu que ces parties soient d'accord entre elles ? Non, et ce n'est pas ainsi qu'il faut entendre ces expressions. Elles se réfèrent uniquement aux modes de preuves par lesquelles le juge forme sa conviction dans l'une ou l'autre juridiction.

Nous verrons plus loin, en effet, qu'au premier rang des devoirs du juge figure celui de ne se point prononcer d'après la connaissance personnelle qu'il peut avoir

(1) *Tract. cit.*, cap. VI, § 5 ; *adde*, Domat, *Droit public*, II, p. 123, n° 28.

(2) Heineccius disait de même : « Jurisdictio recte dividitur in voluntariam quæ inter volentes et sine causæ cognitione exercetur et contentiosam quæ inter invitos et litigantes cum causæ cognitione explicatur. » *Ad Pandectas*, l. II, t. I, *de Jurisdictione*, p. 249.



de l'affaire qui lui est soumise, mais seulement d'après les formes de procéder et les preuves établies par la loi. C'est là ce qu'on entend à proprement parler par *causæ cognitio*, celle que le savant commentateur de la coutume de Bretagne appelait *legitima* par opposition à celle que le même jurisconsulte désignait sous le nom d'*informatoria* et qui recrute ses éléments partout où le juge le trouve bon. C'est ainsi qu'en matière de juridiction volontaire le juge pourra fonder sa décision sur des renseignements personnels, tandis qu'il ne peut statuer par voie contentieuse que d'après les allégations des parties et la vérification qu'il en a faite suivant les formes légales.

On peut citer à titre d'exemple comme actes de juridiction volontaire l'adoption, l'émancipation, l'ouverture des testaments, les aliénations de biens de mineurs, etc. Nous ne prolongerons pas ce parallèle entre la juridiction volontaire et la juridiction contentieuse. Mais il était indispensable de marquer exactement les caractères de cette dernière, puisque c'est uniquement de l'office du juge en cette matière qu'il sera question dans les pages qui vont suivre et dont il nous reste à faire connaître l'ordre et la disposition.

Il demeure d'ailleurs bien entendu que nous prenons comme type le juge de la juridiction ordinaire, et, pour préciser mieux encore, le juge du tribunal d'arrondissement devant lequel s'instruit le procès et qui le tranche par une décision portant le nom de jugement. Le tribunal d'arrondissement constitue en effet la juridiction de droit commun, c'est-à-dire celle qui est compétente pour toutes les affaires dont la connaissance ne lui a pas été enlevée par un texte de loi. En matière civile les seuls

tribunaux de droit commun sont les tribunaux d'arrondissement et les cours d'appel. Nous ne parlerons point toutefois du juge d'appel dont la juridiction est soumise à quelques règles spéciales. Moins encore nous préoccuperons-nous des juges d'exception tels que le juge de paix, le prud'homme et le juge de commerce dont l'office est déterminé par la nature de leurs attributions particulières. A peine est-il besoin d'ajouter qu'il ne saurait non plus être question pour nous du juge de cassation, magistrat spécial, qui n'a pas pour mission d'apprécier au fond le mérite des jugements ou arrêts attaqués devant la haute juridiction dont il fait partie, mais uniquement de vérifier s'il y a eu violation de la loi ou inobservation des formes prescrites sous peine de nullité.

SECTION III. — Plan et divisions de ce travail.

Tout ce qui concerne l'office ou la mission du juge est d'une telle importance que le législateur du Code civil, qui n'avait certes point la prétention de faire œuvre doctrinale ou scientifique mais œuvre pratique, s'est préoccupé dès l'abord (1) de marquer au juge son véri-

(1) Même avant les articles 4 et 5 que nous commenterons bientôt, on peut dire que le législateur s'était préoccupé de l'office du juge. Qu'est-ce en effet que l'article 2 du Code civil? C'est un principe qui lie le juge chargé d'appliquer la loi. Comme l'a proclamé la Chambre des requêtes dans son arrêt du 15 avril 1863 (D. 63. 1. 401), ce n'est point un principe constitutionnel. C'est, comme l'enseignent Demolombe et après lui tous les auteurs, une disposition législative ordinaire qui enjoint au magistrat d'interpréter et d'appliquer les lois de manière à ne point leur donner un effet rétroactif, à moins que le législateur n'ait exprimé une volonté contraire. On sait que l'office du juge repose ici

table office. Il lui rappelle dès les premiers articles ce qu'il doit faire et ce qu'il doit éviter : juger, ne point légiférer. Il lui impose l'obligation positive de rendre la justice et il lui intime la défense de la rendre autrement que par des décisions particulières sur des litiges déterminés. Le Code civil dit au juge : vous appliquerez la loi, vous ne la ferez point, vous prononcerez des sentences, vous n'édicterez pas de règlements.

Henrion de Pansey, dans un passage devenu classique et que se sont approprié presque tous les commentateurs du Code civil, a mis supérieurement en relief la différence qui distingue la loi des jugements. « La loi, dit-il (1), détermine les droits qui appartiendront aux citoyens, les jugements déclarent ceux qui leur appartiennent : la loi règle les actions futures, les jugements statuent sur les actions intentées et portées devant les tribunaux. Enfin la loi est générale : elle commande à tous, elle est la même pour tous et les jugements ne renferment que des décisions particulières qui varient comme les circonstances et n'ont d'efficacité que pour ceux qui les obtiennent. Ainsi, par la nature même des

sur une distinction classique et traditionnelle entre les intérêts privés et les droits acquis. Ce sont ces droits que l'article 2 du Code civil interdit au juge de méconnaître et de compromettre et c'est sur le caractère de ces droits qu'il devra se régler pour assurer ou non la prédominance de la loi nouvelle sur la loi ancienne.

L'article 3 du Code civil rentre également et au premier chef dans l'office du juge, alors qu'il s'agit pour lui, en tant que juge français, d'appliquer les lois d'un autre pays ou de statuer en cas de conflit de ces lois avec les nôtres. On sait que le Code civil est loin de contenir sur cette matière si importante et de jour en jour plus usuelle un ensemble complet de législation et que la science du droit international privé prend actuellement une extension de plus en plus rapide et considérable.

(1) *De l'autorité judiciaire*, p. 434.

choses, une loi ne peut pas être un jugement, comme un jugement ne peut jamais porter le caractère des lois. »

De même qu'il y a de bonnes et de mauvaises lois, il y a aussi de bons et de mauvais jugements ; mais le malheur est qu'il n'est pas de recette pour apprendre à bien juger, alors que l'expérience témoigne qu'il n'est rien de plus difficile. Il semble également que rien ne devrait être plus expéditif, et, pour peu que l'on prête l'oreille aux doléances des plaideurs, voire même aux appréciations des indifférents, on peut constater que les lenteurs de la justice sont devenues proverbiales. Ces lenteurs ne tiennent certainement pas à la nonchalance des juges : elles sont la conséquence inévitable d'une situation qui a été fort bien observée et décrite par celui de nos anciens jurisconsultes qui a le mieux connu les conditions d'une bonne justice et les devoirs de ceux qui ont pour mission de la rendre, celui enfin que Daguesseau appelait, pour cette raison sans doute, le jurisconsulte des magistrats.

« Comme l'ordre judiciaire, disait-il (1), ne doit tendre qu'à faire connaître la vérité et à donner lieu aux parties de la faire voir et d'établir leurs droits, la manière la plus simple et la plus naturelle en laquelle cet ordre devrait consister serait que les parties vinssent au juge expliquer le fait de leur différend, et que les ayant entendues il leur rendît sur le champ la justice qui leur serait due : mais cette voie n'est en usage parmi nous que pour quelques légers différends entre pauvres gens, où il ne s'agit que de peu de chose et qu'ils peuvent eux-mêmes expliquer au juge : mais toutes les autres

(1) Domat, *Droit public*, L. IV. Des différentes manières de terminer les procès et de l'ordre judiciaire.



affaires ne se terminent pas en si peu de temps ni si aisément, mais elles sont d'ordinaire allongées et embarrassées par toutes les difficultés qu'on y voit multipliées en tant de manières ; et il n'est pas étrange que Dieu ait répandu toutes ces épines sur une voie où les démarches de la plupart ne sont que des mouvements d'avarice, d'ambition,de haine,de vengeance et des autres passions et où ils ne se conduisent que d'une manière proportionnée à ces mouvements qui engagent au mensonge, à la calomnie, aux chicanes et à toutes les espèces d'injustice qu'on voit se multiplier dans tous les procès.»

Ce tableau qui n'est point de fantaisie mais qui a été peint d'après nature et de main de maître, suffit à donner une idée générale mais suffisante des difficultés que rencontre le juge dans l'exercice de son ministère. Mais les lois sont venues à son aide, sinon pour lui tracer la règle de tous ses devoirs, du moins pour lui donner des indications qui l'aideront à les remplir. L'essentiel est donc pour lui de connaître exactement en quoi consiste son office. « Le terme d'office, écrivait au siècle dernier un jurisconsulte que nous avons déjà cité (1), signifie la règle que chacun doit suivre pour s'acquitter des devoirs auxquels son état l'engage : c'est la juste conduite que chacun doit garder dans sa profession en faisant ce qui lui est ordonné et en s'abstenant de ce qui lui est défendu. *Officium est quod unusquisque efficere debet ut nulli officiat : est mensura actuum agendorum vel omittendorum.*

« Celui d'un juge en particulier consiste ou dans le caractère de ses mœurs ou dans l'exercice de son minis-

(1) Dantoine, *Commentaire des règles du droit civil*, etc., p. 498, Prég. CLXX.

tère. Le premier lui prescrit un désintéressement parfait, une probité à l'épreuve de tout et un désir pressant de se rendre habile dans la science des lois. Le second lui attribue le pouvoir de connaître des causes qui sont de sa juridiction et de les terminer par de justes jugements. » Nous ajouterons : soit que les plaideurs contestent devant lui la vérité de certains faits ou les conséquences juridiques qu'ils en tirent.

« On appelle questions de fait, disait encore Domat, celles où il s'agit de faire connaître la vérité des faits, et on appelle questions de droit celles où il s'agit du raisonnement sur les faits dont on convient pour en tirer les conséquences qui peuvent servir aux droits des parties. Les questions de fait se résolvent et se décident par les preuves qui font connaître la vérité des faits contestés. »

C'est dire qu'à l'office du juge se rattache très méthodiquement, suivant la remarque de M. Accarias (1), la théorie des preuves, car c'est devant lui qu'elles se produisent et c'est lui qui est chargé de les apprécier. Nous aurons donc à nous occuper de l'office du juge en matière de preuves, autrement dit des règles qu'il devra observer en recherchant la vérité des faits.

Mais indépendamment des faits, fondement de toute discussion juridique contentieuse, les procès soumettent fréquemment au juge des conventions sur le sens desquelles les plaideurs sont en désaccord ou d'une manière plus générale des actes qu'il s'agit également d'interpréter ; de là les règles d'interprétation posées par la loi elle-même soit qu'il s'agisse des conventions qui sont des lois particulières ou de la loi dont le véri-

(1) T. II, p. 915, n° 776.

table sens ne reste que trop souvent obscur ou incertain.

Tous les éléments qui concourent ainsi à l'élaboration d'un procès ayant été soumis au juge et par lui vérifiés, examinés, discutés et appréciés, le moment est venu pour le magistrat de faire son œuvre capitale et décisive : rendre la sentence. C'est le dernier acte de la juridiction contentieuse proprement dite, celle qui se concentre dans le double droit de connaître des procès et de les terminer par des jugements. C'est la seule dont nous voulons nous préoccuper. Il ne sera donc question dans cette étude ni des erreurs du juge ni des manières de les réparer, ni de l'exécution des jugements. Notre tâche doit se borner à suivre le juge dans l'exercice de son ministère du moment où il prend connaissance du litige (*notio*) jusqu'à l'heure où il se dessaisit par une sentence. Entre ces deux termes, quel est son rôle et quelles sont les règles que le législateur lui a tracées pour l'aider à le mieux remplir ? Nous nous proposons uniquement de répondre à cette double question.

Comme nous en avons déjà fait l'observation, il est, en ce qui concerne l'office du juge, deux ordres d'idées qu'il faut se garder de confondre et que Dantoine a parfaitement distingués (1). L'un se réfère aux devoirs professionnels du magistrat, l'autre aux règles qu'il doit observer dans l'administration proprement dite de la justice. Henrion de Pansey semblait ne s'y être point trompé, lorsque, dans la rubrique du chapitre X de son ouvrage, il parlait en même temps des devoirs des juges et des règles qu'ils doivent suivre dans l'exercice de leurs fonctions. Mais quand on y regarde de près, on

(1) Voyez *suprà*, page 36.

ne tarde pas à se convaincre que l'illustre auteur ne s'est nullement préoccupé de l'*officium judicis* proprement dit (1). Tout se réduit dans ce chapitre à des préceptes généraux empruntés à l'Hôpital ou à Daguesseau et à des règlements particuliers tirés des ordonnances royales. Ces règlements ont survécu pour la plupart à l'ancien régime et la doctrine moderne s'est efforcée de leur emprunter un classement, dans l'ordre logique, des principaux devoirs des magistrats (2). M. Garsonnet (3) les a ramenés à quatre obligations.

« La première, dit-il, est de juger, car s'il est interdit aux citoyens de se faire justice à eux-mêmes, il faut du moins qu'ils soient assurés de trouver des juges.

« La seconde obligation est de juger en conscience. Il est à peine besoin de dire que le dol et la fraude prévus par l'article 505, § 1, du Code de procédure civile, c'est-à-dire le fait de juger contrairement à la justice par affection, animosité ou intérêt personnel ou de se faire payer par une partie pour prononcer en sa faveur sont les faits les plus répréhensibles qu'un magistrat puisse commettre. Ce n'est même pas assez qu'il soit intègre, il faut encore qu'il soit à l'abri du soupçon et la loi lui prescrit d'éviter, avec les parties qui sont en instance devant lui, des relations qui pourraient faire douter de son impartialité » (C. pr. civ., art. 378, 8°).

(1) Il n'existe, à notre connaissance, qu'une seule monographie spéciale sur ce sujet. Elle a pour auteur un magistrat, M. Krug Basse, et pour titre « De l'office du juge en matière civile ». Manuel théorique et pratique à l'usage des magistrats composant les juridictions civiles. Cosse, édit., 1862.

(2) Voyez Dalloz, *Rép.*, V° *Organisation judiciaire*, ch. II, sect. I, art. I, § 2.

(3) T. 1, p. 225.

« La troisième obligation du juge est de se décider uniquement d'après les résultats de l'instruction et non d'après la connaissance personnelle qu'il peut avoir de l'affaire (1).

« La quatrième est de garder religieusement le secret des délibérations auquel il est obligé par serment, et d'accepter, en s'abstenant de faire connaître son opinion personnelle, la responsabilité du jugement auquel il a concouru. »

Cette classification, toute scientifique qu'elle puisse être, ne saurait servir de cadre à ce travail, car en même temps qu'elle comprend des prescriptions qui ne se réfèrent point à l'*officium judicis* proprement dit, elle laisse en dehors de ses grandes lignes les principales règles éparses dans nos Codes et spéciales à cet office. Il est toutefois deux de ces prescriptions, la première et la troisième, qui rentrent dans le cercle de notre étude et nous demanderont quelques développements quand nous traiterons du déni de justice et de la preuve.

Mais si l'obligation de juger et la sanction que lui donne l'article 4 du Code civil, s'imposent les premières à notre examen, soit dans l'ordre logique des faits, soit dans l'ordre numérique des textes, il est, croyons-nous, une autre règle primordiale que le juge doit observer avant d'entrer dans l'étude proprement dite du procès, c'est de se renfermer dans les limites de sa compétence. En d'autres termes, avant de juger, le juge doit se demander s'il a ce droit et son premier devoir consiste dès lors à vérifier sa propre compétence. Mais affirmer sa compétence ou la nier c'est déjà faire œuvre de juri-

(1) *Ibid.*, p. 226, note 15 et les autorités citées.

diction et l'hommage que le magistrat rend ainsi à la loi en refusant de statuer sur un différend dont elle lui enlève la connaissance, n'a rien de commun avec le déni de justice qui constitue un délit.

Enfin le Code civil dans son titre préliminaire défend aux juges par son article 5 de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

Cette disposition, comme la précédente, exigera quelques développements et nous amènera à traiter aussi d'une autre obligation primordiale qui s'impose aux magistrats, celle de ne point troubler l'action des autorités administratives et de respecter ainsi le principe fondamental de notre constitution politique : la séparation des pouvoirs.

L'examen de ces quatre premières prescriptions fournira matière à la première partie de ce travail et à quatre chapitres.

Une seconde partie sera consacrée à l'office du juge dans les causes de droit commun les plus fréquemment soumises à son appréciation et qui soulèvent soit des questions de fait ou de droit, soit des questions d'interprétation ou de preuve. Nous aboutirons ainsi à l'acte capital par lequel le juge termine sa mission et épuise le pouvoir de juridiction que la loi lui confère, nous voulons dire le jugement.

Nous réserverons enfin pour une section du chapitre relatif au jugement l'étude des règles que le juge doit observer dans l'interprétation de ses propres sentences et, pour un dernier chapitre, celle des principes généraux qui régissent son office lorsqu'il statue en état de référé.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'OFFICE DU JUGE QUELLE QUE SOIT LA NATURE DE L'AFFAIRE QUI LUI EST SOUMISE.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OBLIGATION POUR LE JUGE DE VÉRIFIER SA COMPÉTENCE.

On a essayé dans le chapitre préliminaire de fixer le sens du mot *juridiction*, ce mot en appelle un autre qui est déjà venu sous notre plume et qui appartient au vocabulaire usuel de la pratique des affaires, c'est le mot de *compétence*. « Cette matière, dit Henrion de Pansey (1), est d'un grand intérêt. En effet, on ne verrait pas autant de conflits, autant de variété dans les jugements de compétence, autant de malheureux plaideurs obligés de s'épuiser pendant des années entières en frais et démarches pour savoir enfin quel sera leur juge, si les justiciables et leurs conseils connaissaient mieux la nature des juridictions, si les juges n'étaient pas si souvent incertains sur l'étendue de leur autorité ; si les législa-

(1) *Op. cit.*, chap. XIII, p. 200-201.

teurs traçaient d'une main plus ferme la ligne de démarcation entre les différents pouvoirs. »

Il ne suffit donc pas que des parties en désaccord sur un point de fait ou de droit se présentent devant un tribunal pour qu'il soit tenu de statuer sur leur différend. On lit en effet dans l'article 168 du Code de procédure civile, que la partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation pourra demander son renvoi devant les juges compétents.

Qu'est-ce donc qu'un juge compétent, et, d'une manière plus générale, que la compétence ? On l'a dit (1) excellemment : ce n'est pas le pouvoir de juger, c'est la mesure de ce pouvoir. Jusqu'où s'étend-il quant aux personnes ? Quelle est sa limite quant à la nature et à l'objet des différents litiges ?

En ce qui concerne les personnes, le juge a le droit, en matière civile, de statuer à l'égard de toutes celles qui, étant domiciliées dans sa circonscription, autrement dit sur son territoire, sont citées à comparaître devant son tribunal. C'est ce droit que l'on désigne sous le nom de compétence *personæ* ou *personarum*. Elle dépend uniquement du domicile : elle est établie en faveur des citoyens pour des motifs très connus et qu'il serait superflu de rappeler. Dès lors qu'il s'agit d'une faveur, d'un privilège personnel à tout citoyen domicilié dans l'étendue d'une circonscription judiciaire déterminée, il est loisible à ce citoyen, s'il est cité à comparaître en justice devant un tribunal autre que celui de son domicile, de se prévaloir de ce privilège ou d'y renoncer ; en d'au-

(1) Carré, *Lois sur l'organisation et la compétence des juges civils*, t. I, p. 463.

tres termes d'opposer ou non l'incompétence de ce tribunal, de proposer ou non le déclinatoire. Quel sera dans ce cas l'office du juge ?

Il consistera non point à prononcer le renvoi devant les juges compétents, comme semble le dire l'article 168 précité, mais uniquement à déclarer son incompétence, s'il reconnaît que la prétention du défendeur est justifiée, laissant d'ailleurs au demandeur le soin de se pourvoir ainsi qu'il avisera et devant qui de droit. Le juge n'a point à cet égard d'indication à donner, il n'a qu'une simple déclaration à faire.

L'article 169 ajoute que la partie sera tenue de former cette demande préalablement à toutes autres exceptions et défenses. Qu'adviendra-t-il donc si le défendeur renonçant au privilège personnel que la loi lui accorde s'abstient de former cette demande ? Le juge devra-t-il imiter son abstention et fermer les yeux ? Il le pourra sans doute et rester saisi, mais rien ne l'empêche de reconnaître et de déclarer son incompétence. C'est pour lui une faculté dont il pourra user à son gré, « aucune loi », dit un ancien arrêt de la Chambre des requêtes, « n'obligeant un tribunal à juger des parties qui ne sont point ses justiciables, alors même qu'elles auraient consenti à être jugées par lui » (1). S'il statue en pareille occurrence, le juge statuera légalement, mais s'il déclare d'office son incompétence, sa décision restera à l'abri de toute critique, puisqu'il n'aura fait qu'un légitime usage d'un pouvoir facultatif.

De même qu'il appartient au juge de soulever d'office, dans le silence de la partie intéressée, une exception

(1) 11 mars 1807, D. *Rép.*, V° *Compétence civile*, n° 227.

d'incompétence *ratione personæ*, de même appartiendrait-il au juge d'appel, également dans le silence de la partie intéressée, d'opposer d'office à l'exception d'incompétence soulevée pour la première fois devant lui une fin de non-recevoir tirée de cette circonstance que l'exception n'avait pas été invoquée devant le juge du premier degré ?

Cette question s'est présentée assez récemment devant le tribunal supérieur de la Guyane française qui l'a résolue négativement par un jugement du 10 décembre 1889 (1) qui porte : « Sur l'exception d'incompétence :

« Considérant que, bien qu'elle soit soulevée pour la première fois en appel, il n'appartient pas au tribunal supérieur en pareille matière, et dans le silence de la partie intéressée d'invoquer d'office cette fin de non-recevoir pour rejeter ladite exception. »

Bien qu'un pourvoi ait été formé contre cette décision, la partie que nous venons de reproduire n'a pas été déférée à la Cour suprême qui n'a pas eu par conséquent à s'en expliquer. Mais nous ne pensons pas que la solution consacrée par le tribunal supérieur de la Guyane pût être l'objet de sérieuses critiques. De même en effet que le demandeur peut se prévaloir en cause d'appel, d'une renonciation tacite du défendeur, de même il peut renoncer à exciper de cette renonciation et accepter le débat sur le déclinatoire tardivement proposé. De quel droit alors et en vertu de quel principe le juge d'appel suppléerait-il au silence volontairement gardé par l'intimé ? Comme le dit très justement l'annotateur de l'arrêt (2), l'intérêt général ne saurait exiger que des magis-

(1) D. P. 1889.1.449.
(2) Not. 1, *loc. cit.*

trats restent en possession d'un litige sur lequel, en principe, il ne leur appartient pas de statuer. Si donc, suivant l'opinion généralement admise, il est facultatif à un tribunal incompétent *ratione personæ* de se déclarer d'office incompétent, il lui est interdit, ce semble, de se déclarer d'office compétent quand une exception est proposée de ce chef, alors même qu'elle le serait après une défense au fond ou devant les juges d'appel pour la première fois.

Ici peut se placer l'examen d'une autre question offrant un intérêt encore plus pratique et sur laquelle la Cour de cassation a été récemment appelée à se prononcer. Il s'agissait de savoir si une exception d'incompétence à raison du domicile, présentée devant une Cour d'appel saisie d'un renvoi après cassation, était non recevable, alors qu'elle n'avait pas été présentée en première instance, et que, devant les premiers juges, la partie s'était prévalue sans succès d'une exception d'incompétence *ratione materiæ*. Quel était en pareil cas le devoir du juge de renvoi? Devait-il accueillir le déclinatoire ou le repousser? La Cour d'Agen (arrêt du 6 avril 1892) (1), contrairement à la jurisprudence de la Cour de Paris (arrêt du 27 février 1891) (2) et à l'opinion la plus généralement admise dans la doctrine, a pensé que l'exception devait être rejetée pour les motifs suivants :

« Attendu que des qualités comme des motifs et du dispositif du jugement entrepris et aussi des conclusions prises par l'appelant en appel devant la Cour de Toulouse, il résulte que Lacroix n'a fait valoir en première

(1) D. P. 1894. 1. 511.
(2) *Ibid.*, note.

instance que l'incompétence en raison de la matière; qu'il a ainsi renoncé à faire valoir l'incompétence en raison du domicile; que la première étant d'ordre public pouvait être proposée en tout état de cause, tandis que la seconde devait être formée avant toutes autres exceptions et défenses; que vainement l'appelant prétendrait que le déclinatoire *ratione loci* était compris implicitement dans la demande générale de renvoi pour incompétence à laquelle il avait conclu devant les premiers juges; que les termes de l'article 169 du Code de procédure civile sont formels et exigent que la partie appelée devant un autre tribunal que celui qui doit connaître de la contestation demande son renvoi *in limine litis*; qu'en plaidant d'abord et faisant statuer en première instance sur l'incompétence à raison de la matière, il s'est donc rendu non recevable en appel à opposer le second moyen. »

Cette doctrine soumise au contrôle de la Cour de cassation a été consacrée par un arrêt de la Chambre des requêtes du 26 février 1894 (1) qui décide qu'en déclarant le sieur Lacroix non recevable à opposer pour la première fois en appel l'exception d'incompétence relative, l'arrêt attaqué n'a ni violé ni faussement appliqué aucun des textes visés par le pourvoi.

L'article 170 du Code de procédure civile, prévoyant le cas où le juge sera incompétent, non plus à raison de la personne mais à raison de la matière, porte que le renvoi pourra être demandé en tout état de cause et que si le renvoi n'est pas demandé le juge sera tenu de renvoyer d'office devant qui de droit. Ici le juge ne doit

(1) D. P. 1894.1.511.

même pas attendre que le déclinatoire lui soit proposé ; son devoir est de se dessaisir, de ne pas juger parce que son jugement serait nul par défaut de pouvoir. Il s'agit pour lui de sauvegarder par son abstention le principe du maintien des juridictions introduit par des motifs d'ordre public que la doctrine a depuis longtemps mis en lumière et que la Cour de cassation ne cesse de rappeler depuis son origine. « Il est de principe, disait un arrêt du 27 messidor an V (1), que l'incompétence à raison de la matière ne peut point se couvrir, en aucun état de cause, par le consentement des parties, parce que dès l'origine de l'instance les juges ont été sans pouvoir ni aucun caractère. »

« Attendu, lisons-nous encore dans un des innombrables arrêts rendus en cette matière par la Cour de cassation, que ce moyen (celui qui est fondé sur l'incompétence *ratione materiæ*) qui intéresse l'ordre des juridictions est d'ordre public, que le tribunal et la Cour auraient dû le suppléer (2). » Le juge ne doit donc pas attendre que le déclinatoire lui soit proposé, son rôle est de prévenir la confusion des juridictions par un dessaisissement prononcé d'office ; c'est pour lui une obligation à laquelle il ne saurait se soustraire sans exposer sa décision à encourir la censure de la Cour suprême.

A ce premier devoir qui s'impose au juge de vérifier sa propre compétence se rattache la défense qui lui est faite d'exercer ses fonctions hors de son siège et de déléguer sa juridiction. La première de ces prohibitions se relie à l'idée de territoire que nous avons précédemment analysée. *Extra territorium judicanti*, dit la loi

(1) D., *Rép.*, V° *Compétence*, n° 36.
(2) Civ. cass., 26 avril 1856, D. P. 56.1.310.

20, D. (*de jurisdictione*, XI, I), *impune non paretur. Idem est si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.* Ce principe est et restera éternellement vrai (1). De la définition que nous avons donnée de la compétence, il résulte qu'on peut l'envisager sous un double aspect : 1° au point de vue des attributions du juge qui se règlent d'après la nature de la contestation ; 2° au point de vue du domicile des parties et de la situation de l'objet litigieux. Il faut donc que le lieu où le juge exercera sa juridiction soit exactement déterminé. En dehors de la circonscription assignée au juge, son pouvoir de juridiction s'anéantit, de même que la souveraineté d'un État expire à sa frontière. Il en résulte que toute sentence rendue par un juge en dehors des limites de sa juridiction serait nulle de plein droit, si la preuve de ce fait résultait expressément du jugement. Que si cette preuve ne résulte pas de l'acte lui-même ou s'il y a sur ce point incertitude ou contestation la nullité ne serait prononcée que sur la preuve légale du fait, conformément au droit commun et d'après la maxime que les voies de nullité n'ont pas lieu en France (2).

Ajoutons que le pouvoir ou le droit de juridiction est essentiellement personnel et que le juge ne saurait le déléguer. Tous les auteurs qui ont traité de la juridic-

(1) Il importe toutefois de faire remarquer que ce principe n'est pas absolu en ce qui touche l'obligation de statuer sur le siège même et dans le prétoire. Notre législation admet à cet égard un certain nombre d'exceptions. Voyez notamment l'article 1040 du Code de procédure civile en ce qui touche les requêtes ; l'article 808 en matière de référé, l'article 8 du même Code pour les juges de paix et dans le même ordre d'idées la loi du 21 mars 1896 (*J. officiel* du 23) relative à la tenue par les juges de paix d'audiences foraines.

(2) D., *Rép.*, V° *Compétence*, n° 40 ; Poncet, *Des jugements*, t. I, n° 121.

tion ont distingué celle qui est propre au juge de celle qu'il délègue.

Notabilis est distributio jurisdictionis, disait Vinnius (1), *in propriam, mandatam et prorogatam. Nimirum jurisdictio quœdam competit jure proprio, quœdam non jure proprio sed beneficio alterius.*

Cette distinction, comme nous l'avons déjà remarqué, était d'une haute importance dans la législation romaine où le pouvoir de juridiction comportait la faculté de donner des juges (2). De cette distinction naissait une foule de questions qui ont été examinées par les interprètes mais qui n'offrent plus aujourd'hui qu'un intérêt historique et de pure curiosité. Qu'est-ce qu'une juridiction déléguée ? Quelle juridiction peut faire l'objet d'une délégation et au profit de quelles personnes ? A quelles conditions la juridiction est-elle réputée déléguée ? Tout cela est de nos jours sans aucun intérêt pratique et nous pouvons redire avec plus de vérité que Vinnius (3) ne le disait déjà de son temps et pour son pays : *mos dandi judices apud nos in totum exolevit. Ac neque illud apud nos moris est ut magistratus delegent auctoritatem suam.*

Mais la France n'est pas arrivée subitement et dès l'origine à cette conception de l'autorité judiciaire. Il a fallu de longues années pour dégager le principe qui prévaut aujourd'hui. C'est seulement au XVI[e] siècle qu'il triompha grâce aux efforts des jurisconsultes qui illustrèrent cette époque si féconde (4). C'est alors seulement

(1) *Op. cit.*, cap. VIII, § 1.

(2) « Jurisdictio, disait Ulpien, est etiam judicis dandi licentia. » L. 3, D., *de Jurisdict.*

(3) *Op. cit.*, cap. IX, n° 12.

(4) ... siècle des grands hommes et des grandes découvertes, celui

qu'il fut reconnu que nul ne peut exercer l'autorité judiciaire qu'au nom du souverain et sous son contrôle ; que les officiers de justice n'étaient que les dépositaires de cette autorité et qu'ils n'avaient pas le droit de la déléguer.

Mais autre chose est déléguer la juridiction, autre chose le droit de donner commission à un juge différent pour faire certains actes d'instruction tels par exemple que ceux qui sont spécifiés dans l'article 1035 du Code de procédure civile. M. Carré (1) fait justement observer que le consentement des parties ne pourrait même autoriser le magistrat commis pour procéder à quelque acte d'instruction à excéder les bornes de sa commission. De même il faut retenir qu'un tribunal n'est compétent pour délivrer une commission rogatoire que pour l'instruction de l'affaire dont il est saisi et par conséquent pendant le cours de l'instance. Il ne saurait y avoir lieu à la délivrance d'une pareille commission lorsque la contestation est jugée.

« Attendu, dit un arrêt de la Cour d'appel de Paris (2), qu'il ne peut y avoir lieu de délivrer commission rogatoire que dans le cours de l'instance et pour l'instruction de l'affaire, mais que lorsque l'instance est engagée et jugée et qu'il ne s'agit plus que de l'exécution du jugement, c'est à la partie qui l'a obtenu à se pourvoir di-

dans lequel l'esprit humain a déployé le plus de force et de majesté, celui de tous qui a produit les plus grands magistrats et les jurisconsultes les plus profonds ; de tous enfin le plus précieux pour nous parce que nous lui devons nos plus belles lois et nos institutions les plus sages. Henrion de Pansey, chap. XV, p. 211.

(1) T. I, p. 546.

(2) Du 31 août 1825, D. *Rép.*, V° *Compétence*, n° 45, note 1, 2e espèce.

rectement auprès des autorités qui en peuvent ordonner l'exécution. »

Enfin la loi romaine avait posé encore, dans l'ordre d'idées qui nous occupe, un autre principe qui n'a rien perdu de son autorité et qui reste applicable de nos jours; *Ubi semel acceptum est judicium, ibi et finem accipere debet* (1); ce qui signifie que le juge conserve la connaissance du litige dont il est saisi, en dépit des changements qui peuvent se produire soit dans la condition ou le domicile des parties, soit dans les lois relatives à la compétence ou aux formes de la procédure (2)? La jurisprudence a fait de fréquentes applications de ce principe. Nous n'en citerons qu'une seule, déjà fort ancienne, mais à laquelle le rétablissement du divorce a rendu toute son actualité. La Chambre des requêtes décidait en effet le 28 mars 1808 sous la présidence de Muraire que le tribunal seul compétent pour connaître de l'action en divorce, ainsi que des actions qui en étaient la suite nécessaire, était le tribunal du domicile des époux, à l'époque où la demande en divorce avait été introduite: sans que le mari défendeur pût, en affectant de changer de domicile pendant l'instance en divorce, porter atteinte à la compétence de ce tribunal.

« Attendu, porte cet arrêt, que le tribunal seul compétent pour connaître de l'action en divorce est celui du domicile des époux à l'époque où elle est exercée par l'un d'eux ; — Attendu que le demandeur étant domicilié à Anvers lorsque son épouse s'est pourvue contre lui en divorce, il n'appartenait qu'au tribunal civil de cette ville d'en connaître ; — Attendu qu'en affectant de chan-

(1) Marcellus, L. 30, D., *de judiciis et ubi quisque*, V, 2.
(2) Carré, t. 1, p. 350.



ger de domicile pendant l'instance en divorce le mari n'a pu par ce fait isolé et à lui personnel porter atteinte à la compétence du tribunal qui en était régulièrement saisi ; d'où il suit que la demande en règlement de juges par lui formée sous le prétexte d'une action en nullité de la prononciation du divorce dirigée par lui contre son épouse par devant le tribunal de son nouveau domicile, ne peut porter atteinte à la légitimité des poursuites dirigées par celle-ci contre lui par devant le même tribunal qui avait statué sur la demande en divorce ; rejette. »

Il va de soi, au surplus, et il n'est pas besoin d'ajouter que le juge qui se déclare incompétent pour connaître d'une contestation qui lui est soumise doit s'abstenir de rendre aucun jugement sur cette contestation à l'égard de laquelle tous ses pouvoirs se trouvent épuisés par le fait seul de la déclaration d'incompétence. Il doit même, comme on l'a dit plus haut, s'abstenir de renvoyer le procès au tribunal qui lui paraît devoir en connaître, car il n'a pas le pouvoir de le saisir. C'est aux parties à porter elles-mêmes leur contestation devant le juge compétent.

Ce juge, une fois trouvé et saisi, aura le devoir de statuer sous peine de se rendre coupable de déni de justice. Nous expliquerons dans le chapitre suivant ce qu'il faut entendre par ces expressions.

CHAPITRE II

DU DÉNI DE JUSTICE ET DE L'INTERDICTION DE PRONONCER PAR VOIE DE DISPOSITION GÉNÉRALE ET RÉGLEMENTAIRE.

Nous sommes ici en présence du devoir essentiel et primordial du juge, celui dans lequel se résume toute sa mission et dont l'accomplissement constitue toute sa raison d'être : le devoir de juger. Toutes les législations ont proclamé ce devoir tandis que jurisconsultes et moralistes en faisaient à l'envi ressortir l'importance. Il faut que tout citoyen puisse compter sur le concours empressé de la justice lorsqu'il est obligé de l'invoquer, « *ne auxilium denegetur juste deprecantibus* » disait la loi romaine (1).

« Ne pas rendre justice quand elle est due, lisons-nous au répertoire de Guyot (2), c'est en quelque façon commettre une injustice ; c'est du moins trahir un de ses devoirs les plus essentiels : c'est manquer à ses concitoyens et tromper la bonne foi du souverain qui se repose sur ses juges de l'exercice de la portion la plus noble de son autorité qui est la justice. »

« Il y a déni de justice, dit M. Garsonnet (3), lorsque,

(1) L. I, D., *de his qui sui vel alieni juris sunt*, 1-7.
(2) V° *Déni de justice*.
(3) T. I, p. 225.

après trois réquisitions adressées par huissier aux juges, en la personne du greffier, à l'intervalle de trois jours s'il s'agit d'un juge de paix, de huitaine s'il s'agit d'un autre tribunal, les juges négligent de juger une affaire en état et en tour d'être jugée (1), refusent de juger en alléguant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, ou, enfin, en ne répondant pas les requêtes. »

Le déni de justice ne consiste donc pas à « la faire attendre » mais à la refuser absolument, ce qui est d'ailleurs un cas assez rare. On peut dire que notre législation n'a rien négligé pour le prévenir. Dès les premières lignes du Code civil il est formellement enjoint au juge de suppléer, quand il le faut, au silence de la loi. « Moins préoccupé de sa prérogative que de l'expédition des affaires et de la tranquillité des citoyens, non seulement notre législateur autorise les juges à prononcer sur les questions qui ont échappé à sa prévoyance, mais il leur en impose l'obligation, mais il veut que le juge qui refuserait de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la lòi soit poursuivi comme coupable du déni de justice (2). »

Ce sont les termes mêmes de l'article 4 du Code civil, qui prévoit ainsi un premier cas de déni de justice; mais, d'après la définition que nous a précédemment donnée M. Garsonnet, ce cas n'est pas le seul. Il y a

(1) C'est le cas de rappeler ici cette pensée de La Bruyère d'un tour si ingénieux et d'une forme si piquante : « Le devoir des juges est de rendre la justice, leur métier de le différer. Quelques-uns savent leur devoir et font leur métier » (*De quelques usages*).

Et le moraliste avait déjà dit : « Une circonstance essentielle de la justice que l'on doit aux autres c'est de la faire promptement et sans différer : la faire attendre c'est injustice » (*Des jugements*).

(2) Henrion de Pansey, *op. cit.*, chap. XXIV, sect. II, p. 435.

encore déni de justice aux termes de l'article 506 du Code de procédure civile, lorsque les juges refusent de répondre aux requêtes ou négligent de juger les affaires en état ou en tour d'être jugées.

L'article 507 du même Code indique comment le déni de justice devra être constaté, et l'article suivant porte qu'après deux réquisitions le juge pourra être pris à partie. Le refus de juger constituant un délit proprement dit, puni comme tel de peines correctionnelles, il importe d'en bien préciser les caractères. Quand peut-on dire en réalité que la justice est déniée? C'est lorsqu'il n'intervient pas de sentence. « Attendu, porte un arrêt fort ancien de la Chambre des requêtes, qu'on ne peut reprocher à l'arrêt dénoncé aucun déni de justice puisqu'il a statué définitivement en déclarant le demandeur non recevable. »

Nous avons vu que les articles 4 du Code civil et 506 du Code de procédure civile, prévoyaient trois cas de déni de justice, mais ces dispositions ne sont pas limitatives puisqu'il résulte de l'article 185 du Code pénal que le déni de justice est punissable, sous quelque prétexte qu'il se soit produit.

D'après certains auteurs, notamment d'après Toullier (t. 1, n° 147) et Marcadé sur l'article 4 du Code civil, cette disposition ne serait point applicable en matière pénale où a prévalu un principe différent d'après lequel les juges ne peuvent jamais suppléer au silence de la loi et doivent prononcer le renvoi de l'inculpé dans le cas où le fait incriminé ne serait point défendu par une loi (art. 364, C. inst. crim.). Mais on a fait justement observer qu'il n'existe aucune contradiction entre les deux principes puisque l'article 185 du Code pénal reproduit

les termes de l'article 4 du Code civil, *même du silence ou de l'obscurité de la loi* et qu'au surplus, d'après la règle que nous avons posée plus haut, renvoyer l'accusé absous c'est juger et par conséquent c'est ne pas commettre un déni de justice. M. Demolombe (1) l'a fort bien démontré. « Si on veut dire que le juge ne peut alors étendre la loi, l'appliquer par induction, par analogie d'un cas à l'autre, cela est incontestable ; mais le juge saisi en matière criminelle n'en doit pas moins aussi nécessairement prononcer sur la cause qui lui est soumise. Seulement, s'il n'y a pas de loi applicable au fait, il renverra l'accusé ou le prévenu, mais en cela même il statuera, il jugera entre le ministère public et l'accusé (2). » Concluons donc que la règle posée dans l'article 4 du Code civil, trouve son application en matière pénale aussi bien qu'en matière civile.

Comme nous l'avons vu plus haut, on s'est demandé si le juge incompétent commettait un déni de justice en refusant de retenir la connaissance d'un procès introduit par des parties qui ne sont point ses justiciables, à raison de leur domicile, lorsque celles-ci sont d'accord pour lui soumettre leur contestation, en d'autres termes si la prorogation de compétence lorsqu'elle est valablement consentie par les plaideurs est obligatoire pour le juge. La même question se pose lorsque ces plaideurs sont des étrangers. Quel est dans ces hypothèses le devoir du juge ? Doit-il statuer ? Peut-il, au contraire, sans s'exposer à commettre un déni de justice s'abstenir de prononcer ?

Pour décider que l'obligation de statuer s'impose au

(1) T. I, n° 112.
(2) Cf. Garsonnet, t. I, p. 225, note 13.

juge en pareil cas, on invoque l'article 7 du Code de procédure civile aux termes duquel les parties pourront toujours se présenter volontairement devant un juge de paix, auquel cas il jugera leur différend... encore qu'il ne fût pas le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux. Il n'est pas douteux que par ces mots : « il jugera leur différend », la loi entend imposer au juge l'obligation de prononcer, mais peut-on par analogie étendre cette obligation aux tribunaux de première instance ? De très bons esprits l'ont pensé. C'est ainsi que M. Rodière (1) notamment enseigne l'affirmative dans les termes suivants : « les juges doivent tous leurs moments aux particuliers qui demandent justice ; s'ils ont trop de travail le gouvernement y pourvoit en créant des chambres temporaires, et nous ne concevons pas comment les juges des tribunaux civils mieux rétribués que les juges de paix pourraient, au grand détriment des parties qu'ils obligeraient à se pourvoir sur nouveaux frais, rejeter un surcroît d'occupations qu'un juge de paix, dans des circonstances analogues, ne saurait décliner d'après la doctrine généralement reçue. » Ces considérations ont certainement leur force, mais est-il permis de raisonner par analogie en se fondant sur une disposition toute spéciale à un tribunal d'exception ? Boitard (2) hésitait à le penser. « Il est à mes yeux plus que douteux, disait-il, que les parties puissent par leur consentement, même formel, imposer à un tribunal incompétent, quoique seulement incompétent *ratione personæ*, l'obligation de les juger ; nous ne trouvons pas

(1) T. I, p. 138.
(2) Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Sur l'art.* 7, t. I, p. 596.

pour les tribunaux ordinaires cette disposition impérative de l'article 7 pour les juges de paix. Telle était aussi, comme on l'a vu précédemment, la considération qui avait paru décisive à la Cour de cassation lorsqu'elle fut appelée à se prononcer pour la première fois sur la question le 11 mars 1807.

La même divergence s'est produite entre certains auteurs et la jurisprudence relativement aux contestations qui s'élèvent entre étrangers. Plusieurs jurisconsultes et notamment MM. Massé (1) et Fœlix (2) soutiennent que, même en matière civile et dans tous les cas, la compétence des tribunaux français entre étrangers est absolue et nécessaire. Mais d'autres auteurs parmi lesquels il faut ranger M. Demolombe (3), ainsi que la jurisprudence soit des cours d'appel soit de la Cour de cassation reconnaissent au contraire aux tribunaux français le droit de se déclarer d'office incompétents sur les contestations entre étrangers et leur imposent même l'obligation de faire cette déclaration lorsque l'une des parties oppose l'exception d'incompétence ou lorsque la contestation est sans application à aucun intérêt né en France (Voir, dans ce sens, Paris, 7 mai 1875, D. P. 76.2.137 et l'arrêt des requêtes du 7 mars 1870, D. P. 72.1.326). Remarquons que l'article 4 du Code civil ne prévoyait le déni de justice que de la part des juges proprement dits. Cette disposition a été complétée par l'article 185 du Code pénal qui prévoit le déni de justice non seulement de la part de tout juge ou tribunal, mais de la part de tout administrateur ou autorité administrative.

(1) *Droit commercial*, t. 2, n° 167.
(2) *Droit international privé*, 4e édit., t. 1, n° 151.
(3) T. 1, n° 261 et les autorités citées.

Nous avons montré précédemment comment se constate le déni de justice d'après l'article 507 du Code de procédure civile ; l'article 508 ajoute qu'après deux réquisitions le juge pourra être pris à partie. Il y a donc deux voies ouvertes à la poursuite du déni de justice, la voie de l'action civile en prise à partie et la voie de l'action publique de l'article 185 du Code pénal lorsque le déni de justice se trouve constaté (1). Les réquisitions seules constituent le juge en demeure et fournissent la constatation légale du déni de justice. Ces réquisitions sont indispensables aux termes de l'article 509 du Code de procédure civile qu'il s'agisse d'un juge de paix, de tribunaux de commerce ou de première instance ou de quelqu'un de leurs membres, d'un juge d'appel ou d'un juge de Cour criminelle. L'ordonnance de 1667 n'exigeait de réquisitions que pour les juges de première instance ; lorsqu'elles se trouvaient en présence d'un juge d'appel, les parties devaient s'adresser au chancelier.

« Dans l'ancienne législation, disait Bigot-Préameneu (dans la séance du 7 avril 1806), les sommations de juges ne pouvaient être faites qu'aux juges dont la juridiction n'était pas en dernier ressort. On n'avait à l'égard de ceux dont les jugements étaient souverains d'autres ressources que de porter ses plaintes au chancelier ou au conseil du roi. On arrêtait ainsi le cours de la justice par égard pour la dignité des magistrats. Mais la dignité de la justice ne serait-elle pas dégradée si, en considération de ses ministres, sa marche était variable et chancelante ? Ne doit-on pas encore observer que des juges souverains ordinairement placés dans un plus

(1) D. *Rép.*, V° *Déni de justice*, p. 22.

grand tourbillon d'affaires, et moins rapprochés des plaideurs que les autres juges sont plus exposés à laisser contre leurs intentions, des parties en souffrance? Peut-être aussi avait-on peine à concilier l'idée de respect envers les magistrats avec l'idée qu'emportait l'expression même de sommation. Un acte de réquisition ne pourra blesser la dignité d'aucun juge. C'est ainsi que la législation moderne a raffermi la confiance des justiciables sans qu'on ait vu résulter de là des exemples qui aient altéré en rien les sentiments de respect qu'inspirent en France, plus qu'en toute autre partie de l'Europe, l'impartialité, l'exactitude et l'extrême délicatesse des magistrats (1). »

Nous avons déjà dit que le déni de justice pouvait donner lieu à une poursuite correctionnelle. A quelles conditions cette infraction si grave au devoir du juge prendra-t-elle le caractère d'un délit? Il faut non seulement une mise en demeure du juge, une réquisition de la part du justiciable, mais encore une persistance à dénier justice après avertissement de l'autorité supérieure. Il en résulte que si le justiciable veut se borner à obtenir la réparation du préjudice dont il a souffert par la voie de la prise à partie, il n'aura pas besoin de provoquer une injonction de la part de l'autorité judiciaire supérieure. Mais si l'action a été portée devant les tribunaux de répression, nous n'hésitons pas à penser avec M. Carré (2) que rien n'empêchera la partie de s'y constituer partie civile, conformément au droit commun, pour obtenir la réparation du préjudice que le déni de justice lui a causé. En permettant de prendre le juge à

(1) Locré, *Esprit C. pr.*, 1re partie, l. 4.
(2) T. 1, n° 32.

partie la loi soumet ce dernier à la réparation du dommage occasionné par sa faute.

Dans tous les cas, le juge pris à partie et condamné de ce chef ne serait plus exposé aujourd'hui à subir le traitement qu'infligeait un capitulaire de Charlemagne (1) au seigneur ou au comte qui avait refusé d'assembler son tribunal et de rendre la justice. L'envoyé du roi s'établissait chez lui avec toute sa suite et y vivait à ses dépens jusqu'à ce qu'il eût réparé ses torts. *Si vassus noster*, porte ce texte, *justitiam non fecerit, tunc et comes et missus noster ad ipsius casam sedeant et de suo vivant quousque justitiam faciat.*

Le modeste traitement de nos juges actuels suffirait difficilement à faire face à de tels procédés de réparation.

Nous croyons superflu d'ajouter que le déni de justice est un fait et surtout un délit extrêmement rare et que le juge est beaucoup plus enclin à étendre sa juridiction au delà de ses limites qu'à se renfermer dans une abstention systématique. Aussi le législateur, après avoir rappelé que son premier devoir était de juger, a-t-il pris soin de lui interdire toute décision qui, au lieu de porter uniquement sur le cas particulier soumis à son examen, s'étendrait à des cas hypothétiques et prendrait le caractère d'une disposition générale et réglementaire. Ces deux prescriptions se complètent l'une par l'autre et la seconde n'est que le corollaire de la première. Après avoir garanti l'exercice régulier de l'autorité judiciaire il importait de prévenir ses empiétements sur le domaine législatif. C'est ce qu'a fait l'article 5 du Code

(1) Capit. de l'an 879, art. 4.



civil qui défend aux magistrats de donner à leurs décisions la force d'un règlement applicable à tous les cas analogues qui peuvent se présenter (1).

Cette préoccupation du législateur s'est encore manifestée depuis la promulgation du Code civil lors de l'élaboration de la loi du 1er avril 1837 qui attribue à l'arrêt de seconde cassation rendu toutes chambres réunies la force d'obliger la Cour ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée, à se conformer à la solution donnée par la Cour suprême sur le point de droit qui lui était soumis. Au moment de la discussion de cette loi, d'aucuns auraient voulu que l'arrêt des chambres réunies constituât une sorte d'interprétation légale, obligatoire non seulement pour la juridiction de renvoi, mais pour tous les tribunaux, y compris la Cour de cassation elle-même. Le respect du principe de la séparation des pouvoirs fit reculer le législateur devant cette conséquence dont l'unité de jurisprudence n'aurait pu que bénéficier. Mais il suffit d'une allusion à cette question dont le développement ne saurait ici trouver place.

Par la disposition de l'article 5 du Code civil le législateur a prévu et formellement prohibé l'immixtion de l'autorité judiciaire dans le fonctionnement du pouvoir

(1) Voyez Merlin, *Répertoire*, V° *Arrêt*. « Nos lois, disait un éminent avocat dans un discours récent que nous avons déjà cité (voyez *supra*, p. 8), nos lois ont pris toutes les précautions imaginables pour confiner les juges dans leurs prétoires. Les articles 127 et suivants du Code pénal leur interdisent à peine d'amende, de forfaiture, de dégradation civique, de s'ériger en législateurs et en administrateurs. Sans arriver jusqu'à ces menaçantes dispositions il suffit de lire au frontispice de nos Codes, l'article 5 du Code civil : « Il est défendu au juge de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. V. p. 7.

législatif (1). Il n'y a point de liberté, avait dit Montesquieu, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative. En dépit de sa profondeur et de sa sagesse cet aphorisme, devenu banal depuis la constitution de 1791, n'avait point prévalu sous l'ancien régime où les Parlements avaient commis sur le terrain du pouvoir législatif les plus larges usurpations. C'est ainsi qu'ils s'étaient arrogé le droit de prononcer ces fameux arrêts de règlement par lesquels, dit M. Demolombe (2), les cours souveraines déclaraient d'avance et d'une manière générale comment elles décideraient telle

(1) On pourrait citer de nombreux exemples de dispositions réglementaires prises par les tribunaux au mépris des prohibitions de l'article 5 du Code civil. Nous nous bornerons à en rappeler deux, l'un à cause de son caractère usuel, l'autre en raison de l'importance de la corporation qu'il met en jeu et de la solennité des débats auxquels il a donné lieu devant la Cour de cassation. Il s'agit dans la première espèce du fait, par un tribunal civil, en cas de décès ou d'empêchement du juge de paix ou du suppléant, de déléguer par forme réglementaire et sans aucune demande des justiciables ni conclusions du ministère public, le juge de paix du canton voisin pour en remplir les fonctions dans le siège vacant (Dall., *J. G.*, V° *Compét. adm.*, 75-1°; Req., 5 mai 1831 et civ., 4 mars 1834).

La seconde espèce se réfère à une question mémorable jugée le 25 juin 1850 par la Chambre des requêtes sur les conclusions de Dupin (D. P. 1850.1.228). L'arrêt intervenu dans cette affaire porte que la décision prise en assemblée générale par un tribunal de commerce, dans le but de créer un corps d'agréés près le tribunal, de régler leur nombre, leurs attributions, l'organisation de leur chambre syndicale, leur costume, le serment qu'ils doivent prêter et le tarif de leurs émoluments est nulle, soit comme constituant un empiétement sur les droits du gouvernement et de l'autorité administrative, soit comme ayant le caractère d'une décision générale et réglementaire.

A l'occasion de cette affaire le Procureur général Dupin démontra que la corporation des agréés près les tribunaux de commerce n'a point d'existence légale et qu'elle ne repose que sur un usage ancien et de pure tolérance ; ce qui ne l'empêche pas de rendre à la justice consulaire d'inappréciables services.

(2) T. I, p. 134, n° 109.



ou telle question dans l'étendue de leur ressort. C'était faire la loi et non plus l'appliquer; or le rôle du pouvoir judiciaire consiste uniquement à appliquer la loi à chaque cas particulier, en vue de terminer un différend auquel ce cas donne naissance.

Mais remarquons que prononcer dans le silence de la loi ce n'est point la faire. Tous les jours en effet les tribunaux ont à statuer sur des cas que la loi n'a point prévus. Henrion de Pansey (1) a clairement montré que cette opération ne constituait point un empiétement sur le terrain législatif. « Cette manière de voir, dit-il, ne serait juste que sous une législation jalouse qui ferait aux juges un devoir de suspendre leur jugement et d'attendre qu'elle eût statué. Grâce au génie qui a présidé à la rédaction de nos lois, tel n'est pas le Code qu'il nous a donné. Moins préoccupé de sa prérogative que de l'expédition des affaires et de la tranquillité des citoyens, non seulement il autorise les juges à prononcer sur les questions qui ont échappé à sa prévoyance, mais il leur en impose l'obligation; mais il veut que le juge qui refuserait de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi soit poursuivi comme coupable de déni de justice. »

De même que l'article 4 du Code civil, l'article 5 est sanctionné par la loi pénale (2) qui déclare coupables de forfaiture et frappe de la dégradation civique les juges qui contreviendraient à ses prohibitions. Mais comment pourraient-ils y contrevenir? Nous touchons ici à une théorie d'une importance scientifique et d'un intérêt pratique considérables, celle de l'excès de pou-

(1) *Op. cit.*, p. 435.
(2) Art. 127, C. pén.

voir qui mérite à ce double titre un examen attentif. Ce sera l'objet du chapitre qui va suivre.

Nous ne saurions cependant l'aborder ni abandonner le terrain des articles 4 et 5 du Code civil, sans avoir dit quelques mots, tout au moins, d'une question qui a été fort débattue entre le tribunat et le Conseil d'État lors de la discussion du premier de ces articles et qui se relie étroitement à notre sujet : nous voulons parler de l'office du juge en matière d'usage. En cas d'insuffisance de la loi le juge aura-t-il le droit d'interroger l'usage et d'en faire le fondement de sa décision ? L'argumentation pressante de Portalis (1) fit prévaloir l'affirmative, à l'appui de laquelle on pouvait d'ailleurs invoquer l'autorité traditionnelle des lois romaines (2).

Mais est-ce à dire que l'usage ait en matière civile la même force que la loi ? Evidemment non, et une distinction est ici nécessaire. On s'accorde généralement à reconnaître à l'usage le double pouvoir d'interpréter la loi et de la suppléer quand elle est muette, mais le juge est libre de ne tenir aucun compte de l'usage lorsqu'il n'est pas incorporé dans la loi. En pareil cas l'appréciation du juge est souveraine, ainsi que le proclame un ancien arrêt des requêtes, rendu le 24 décembre 1828 sous la présidence d'Henrion de Pansey, où nous lisons : « Attendu que l'appréciation des circonstances et des usages anciens appartient exclusivement aux cours royales. »

Il en était autrement, d'après Gilbert des Voisins,

(1) Voir Locré, *Législation civile sur l'article 4 du Code civil.*

(2) Voir le texte cité page 4, note 1 de notre introduction don on peut rapprocher celui de la loi 32, D., *de legibus* : *De quibus causis scriptis legibus non utimur, et custodiri oportet quod moribus et consuetudine inductum est.*



dans notre ancienne jurisprudence où la contravention aux usages donnait ouverture à cassation (1). Aujourd'hui, pour que l'usage devienne obligatoire pour les tribunaux, nous pensons, contrairement à l'opinion exprimée par M. Dalloz (2), qu'il doit être consacré par une loi formelle ; celle-ci l'élève alors à sa hauteur et la violation de l'usage se confond avec celle de la loi elle-même. En ce cas le juge est lié par l'usage comme par la loi et une décision qui refuserait d'en tenir compte donnerait ouverture à cassation (3).

(1) Dall., *Rép.*, V° *Cassation*, n° 1401.
(2) *Ibid.*, n° 1405.
(3) On peut citer comme un des exemples les plus récents d'incorporation d'usage à la loi l'article 1780 du Code civil modifié par la loi du 27 décembre 1890 qui a déjà fait l'objet de nombreuses applications en jurisprudence.

CHAPITRE III

DE L'EXCÈS DE POUVOIR.

La mission du juge, avons-nous dit, expire au jugement. Uniquement institué pour juger, c'est-à-dire pour mettre fin à une contestation judiciaire par une sentence, le magistrat épuise son pouvoir en la prononçant. Juste ou injuste sa décision est un acte de l'autorité publique, un jugement proprement dit, pourvu qu'elle porte sur un objet dont la loi attribue expressément la connaissance au juge qui l'a rendue (1). *Prœtor quoque jus reddere dicitur*, disait la loi romaine (2), *etiam quum inique decernit*, *relatione scilicet facta non ad id quod ita prœtor facit*, *sed ad illud quod prœtorem facere convenit.* Mais si le législateur, sur la foi d'un vieil adage, admet que le juge puisse se tromper, il n'admet pas qu'il puisse sortir de son rôle et commettre une usurpation en statuant sur un objet placé en dehors et au-dessus de son autorité, au delà des limites de sa juridiction. S'il franchit ces limites, il commet ce que l'on appelle un excès de pouvoir. Dans ce cas il cesse *ipso facto*

(1) Il ne faut pas croire, disait Cujas, que tout ce qui est émané de la part du juge, soit un jugement « non omnis vox, omnis voluntas aut scriptura judicis sententia est, sed ea tantum quæ causa cognita ab ipso judice recitantur in breviculo » (Cujas ad titulum codicis, comminationes epistolas et programmata, etc.).

(2) L. 2, D., *de justitia et jure*, L. I.

d'agir en qualité de juge ; sa décision n'a plus aucune valeur. Ce n'est plus un acte de l'autorité publique puisque cette autorité n'appartient plus à quiconque l'usurpe ; sa décision ne mérite plus le nom de jugement ; ce n'est plus qu'un acte sans existence légale et qui doit par suite être réputé nul et non avenu.

C'est dans la constitution de 1791 que nous rencontrons pour la première fois l'expression excès de pouvoir. L'article 27 de cette constitution est ainsi conçu : Le ministre de la justice dénoncera au tribunal de cassation, par la voie du commissaire du roi et sans préjudice du droit des parties les actes par lesquels les juges auront excédé les bornes de leur pouvoir. Le tribunal les annulera, et, s'ils donnent lieu à la forfaiture, le fait sera dénoncé au corps législatif qui rendra le décret d'accusation s'il y a lieu et renverra les prévenus devant la haute cour nationale.

Par cette disposition, dit un illustre magistrat (1), le législateur avait surtout pour but de protéger les institutions nouvelles contre les envahissements possibles et alors fort redoutés des tribunaux ; c'était un moyen efficace de défendre l'ordre public et d'assurer la séparation des pouvoirs. Aussi retrouvons-nous la même disposition dans les articles 262 et 263 de la constitution de l'an III, et, plus tard, sauf quelques légers changements de rédaction, dans la loi du 27 ventôse an VIII, article 80, et dans le Code d'instruction criminelle, article 441.

C'est l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII qui

(1) M. Delangle, *Encyclopédie du droit*, V° *Cour de cassation*, tit. III, ch. 2, sect. 2, p. 230.

est aujourd'hui le texte fondamental de la matière (1). Il est conçu à peu près dans les mêmes termes que l'article 27 précité, sauf qu'il attribue compétence à la section des requêtes, en matière civile, au lieu de réserver cette compétence à la Cour tout entière, chambres réunies.

Il peut arriver, disait en 1851 M. le Procureur général Dupin (2) devant la Chambre des requêtes, que dans l'exercice du pouvoir que la loi fondamentale leur délègue, les magistrats portent eux-mêmes, soit dans leurs jugements, soit dans d'autres actes judiciaires, une atteinte à l'ordre public. Or, ce sont ces infractions à l'ordre public que peuvent renfermer ces actes ou ces jugements que la Cour suprême est chargée de réprimer sous le nom d'excès de pouvoir, par les lois de son institution et particulièrement en vertu de l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII.

On voit par là que M. Dupin plaçait sur la même ligne les jugements et les actes, bien que l'article 80 ne mentionne que ces derniers. On n'a jamais contesté en effet qu'il ne s'appliquât aussi aux jugements et c'est ce qui résulte d'ailleurs très clairement de l'article 441 du Code d'instruction criminelle.

Mais comment le magistrat pourra-t-il excéder ses pouvoirs par des actes judiciaires lorsque tout se réduit pour lui à statuer sur une contestation déterminée et

(1) Art. 80, L. 27 ventôse an VIII. « Le gouvernement par la voie de son commissaire et sans préjudice du droit des parties intéressées, dénoncera au tribunal de cassation, section des requêtes, les actes par lesquels les juges auront excédé leurs pouvoirs ou les délits par eux commis relativement à leurs fonctions, etc... »

(2) *Réquisitoires*, t. XI, p. 151.

qu'il ne peut se refuser à juger sans se rendre coupable du déni de justice ?

La doctrine se montre en général très sobre de développements à cet égard, de même que la jurisprudence est très pauvre de décisions en cette matière. Il n'est cependant pas sans exemple que le juge ait excédé ses pouvoirs, en dehors de toute contestation judiciaire, par des actes proprement dits constituant de véritables abus d'autorité et un empiétement direct sur la puissance législative (1). C'est ainsi que l'on a vu, il y a longtemps il est vrai, le tribunal d'une très grande ville (2) rendre une sorte d'arrêt portant règlement sur des matières d'ordre et de distribution en contrariété avec le mode déterminé par la loi. C'est ainsi encore que l'on peut citer le fait d'une cour qui, au lieu de se borner à résoudre la question qui lui était soumise de savoir si les employés des domaines peuvent procéder, concurremment avec les commissaires-priseurs, à la vente publique d'effets mobiliers, ajoute qu'à l'avenir les commissaires-priseurs demeureront autorisés à procéder seuls à cette vente (3). Cette décision rentre absolument dans l'hypothèse que prévoit le passage suivant d'Henrion de Pansey (4) : « Cependant il peut arriver qu'après avoir dé-

(1) Ainsi le juge excéderait ses pouvoirs par des actes s'il se permettait de statuer pour l'avenir, de faire des règlements généraux ou des statuts de police, de taxer les denrées ou d'ordonner des levées de deniers, de défendre l'exécution d'une loi ou d'un jugement, de contrarier des mesures prises par le pouvoir exécutif, enfin d'intimer des ordres ou des défenses soit aux agents du pouvoir administratif, soit à des tribunaux qui ne lui seraient pas subordonnés. Henrion de Pansey, p. 433.

(2) Lyon, 25 juillet 1827, D. *Rép.*, V° *Avoué*, n° 136.

(3) Req., 22 mai 1832, D. *Rép.*, V° *Compétence administrative*, 74, 6.

(4) *Op. cit.*, p. 436.

cidé le point litigieux le tribunal statue pour l'avenir et par voie de disposition générale. Dans ce cas il y aurait excès de pouvoir, mais il y aurait aussi dans le même contexte deux actes bien distincts, un jugement et un règlement, et c'est dans le règlement seul que résiderait l'excès de pouvoir. L'annulation ne pourrait donc frapper que lui seul, et le jugement, s'il était contraire aux lois, ne pourrait être attaqué que par les voies ordinaires de la requête civile et de la cassation. »

Mais tous les excès de pouvoir n'ont pas un caractère d'usurpation aussi manifeste et aussi absolu ; tous les jours on voit invoquer devant la Cour de cassation l'excès de pouvoir par les parties intéressées elles-mêmes, sans aucune intervention du procureur général et en dehors de la sphère d'application de l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII.

C'est dans un rapport de M. le conseiller Lasagni qu'a été posé pour la première fois, croyons-nous, le principe de la distinction entre l'excès de pouvoir *sensu stricto* dont il est question dans ledit article et l'excès de pouvoir improprement dit ou *sensu lato*.

« La Cour de cassation, écrivait le savant magistrat (1), a constamment et avec raison distingué le cas où le tribunal était sorti du cercle de ses attributions en empiétant sur les attributions d'un autre tribunal soit en matière civile, soit en matière criminelle, et celui où le tribunal aurait franchi les limites de ses attributions pour empiéter sur celles du pouvoir administratif dans une affaire d'intérêt général. Dans le premier cas la Cour a bien en vue un excès de pouvoir, car ces mots pris

(1) Req., 12 août 1835, S. 1835. I. 599.

dans toute la latitude de leur signification renferment les violations quelconques des règles de la compétence ; mais elle n'y a pas reconnu l'excès de pouvoir dont parle l'article 80 de la loi de ventôse an VIII, et elle n'a pas cru devoir admettre l'action directe du gouvernement autorisée seulement dans l'intérêt général de la société. Dans le second cas la Cour a pensé que la société avait été lésée dans un de ses principes constitutionnels, la division des pouvoirs. Elle a vu alors dans cette atteinte portée à l'organisation sociale l'excès de pouvoir prévu par l'article 80 de la loi précitée. Elle n'a fait aucune difficulté dans ce cas d'admettre l'action du gouvernement pour en demander la réparation prompte, éclatante, telle en un mot que l'exige la loi du 27 ventôse an VIII par son article 80 (1). »

Il résulte de ce qui précède que l'expression excès de pouvoir est susceptible, comme bien d'autres, d'être prise dans une acception étendue et dans un sens restreint D'une manière générale on peut dire qu'il y a excès de pouvoir de la part du juge toutes les fois qu'il sort des attributions nettement déterminées que la loi lui confie. Mais cette formule un peu vague ne suffit point pour expliquer ce que l'on entend par excès de pouvoir dans le langage courant de la pratique judiciaire. Nous savons maintenant ce que cette expression signifie dans l'article 80 de la loi de ventôse an VIII. Que trouvons-

(1) M. Tarbé, dans son ouvrage sur les lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation, disait de même page 75 : « Devant la chambre des requêtes, c'est dans l'intérêt de ses officiers, de leurs pouvoirs et de leur action que le Gouvernement intervient pour faire réprimer par des voies tout à la fois judiciaires et censoriales l'entreprise exorbitante illégale, incompétente et inconstitutionnelle des tribunaux. »

nous depuis dans la législation, la doctrine et la jurisprudence ?

Les mots excès de pouvoir avaient été considérés à juste raison comme vagues et mal définis par les rédacteurs du Code d'instruction criminelle. Dans la séance du corps législatif du 30 novembre 1808, M. Berlier, conseiller d'Etat, s'exprimait ainsi : « Vous ne trouverez plus l'excès de pouvoir au nombre des nullités, mais cette suppression d'un mot vague et qui n'a jamais été bien défini se trouve éminemment remplacée par le maintien seul de la cause de nullité tirée de l'imcompétence, et s'il convient d'éviter les expressions oiseuses ou redondantes, c'est surtout dans les lois (1).

Et dans le rapport de la commission de législation présenté au corps législatif sur les mêmes textes, M. Cholet, membre de cette commission, disait (2) : « La loi présentée retranche des moyens de nullité admis par le Code de brumaire ceux fondés sur l'usurpation du pouvoir, expressions vagues, dont l'interprétation pourrait prêter à l'arbitraire et soumettre à de nouveaux jugements le fond même des affaires jugées en dernier ressort. »

Cependant ces expressions, excès de pouvoir, usurpation de pouvoir ne tardèrent point à se préciser sous l'action de la jurisprudence, si bien que lorsque fut promulguée la loi du 25 mai 1838 sur les justices de paix, l'article 15 de cette loi décida que les jugements rendus par les juges de paix ne pourraient être attaqués par la voie du recours en cassation que pour excès de pouvoir.

La loi du 27 ventôse an VIII dans la première partie de son article 77 statuant sur le même objet avait con-

(1) Exposé des motifs, D. *Rép.*, V° *Cassation*, p. 37 et 38, note.
(2) *Ibid.*, p. 39.

fondu et placé sur la même ligne l'incompétence et l'excès de pouvoir ; la loi de 1838 a distingué au contraire ces deux causes de nullité. Aux termes de son article 14, l'incompétence n'est plus qu'un moyen d'appel; seul l'excès de pouvoir donne ouverture à cassation. Il est donc très important, ne fût-ce qu'à ce point de vue, de distinguer l'incompétence de l'excès de pouvoir proprement dit.

Un arrêt de la section des requêtes du 10 janvier 1827 (1) établit nettement cette distinction :

« Considérant qu'il y a dans le jugement dénoncé, tout à la fois incompétence et excès de pouvoir : incompétence, par la raison que l'affaire n'appartenait pas au juge de paix, excès de pouvoir parce qu'ayant condamné les gardes forestiers d'une commune traduits en jugement en qualité de gardes sans l'autorisation préalable du Conseil d'Etat, il a commis une entreprise sur le pouvoir administratif; considérant que si, à raison de son incompétence, ce jugement n'aurait pu être attaqué que par la voie de la cassation ou celle du règlement de juge, comme renfermant un excès de pouvoir, il a dû être dénoncé à la Chambre des requêtes autorisée par l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII à annuler indistinctement tous les actes par lesquels les juges auraient excédé leurs pouvoirs lorsque son gouvernement les lui défère par l'organe de son procureur général.

Merlin avait pensé tout d'abord et enseigné dans son Répertoire (2) qu'il y a excès de pouvoir toutes les fois qu'un tribunal viole les règles de sa compétence ou qu'il crée des nullités. Mais plus tard l'illustre jurisconsulte

(1) D., *Rép.*, V° *Cassation*, n° 1041, p. 247.
(2) V° *Discipline*, n° 5.

reconnut l'inexactitude de cette doctrine qui donnait à l'article 80 de la loi de l'an VIII une portée qui n'était certes pas dans la pensée du législateur, et revenant sur son opinion première il se prononçait en ces termes (1) : « En m'exprimant ainsi je m'abandonnais au torrent d'une opinion alors très générale sur la nature de l'excès de pouvoir. Mais, il faut le dire, cette opinion n'était qu'une erreur. Qu'est-ce que l'excès de pouvoir d'un tribunal ? Rien autre chose que la transgression des limites dans lesquelles la loi a circonscrit son autorité. Tout ce que le juge fait dans le cercle de ces limites peut n'être pas également bon, également juste. Exposé à l'erreur parce qu'il est homme, le juge peut se tromper sur un fait, sur le sens d'un acte, sur l'intention de la loi. Il peut, en matière criminelle, condamner un innocent ou absoudre un coupable, lui infliger une peine qui n'est point celle dont la loi voulait qu'il le frappât. Il peut, en matière civile, adjuger à une partie ce qui appartient légitimement à l'autre ou refuser à celle-ci le droit de contraindre celle-là à payer ce qu'elle lui doit. Il peut même arriver, en matière civile, qu'il sacrifie ses devoirs à ses passions et qu'il ne soit dans ses jugements que l'organe de la faveur ou de la haine. Dans tous ces cas il y a eu ou mal jugé ou violation de la loi ou forfaiture, mais il n'y a pas d'excès de pouvoir. Que faut-il donc pour qu'il y ait excès de pouvoir ? Il faut que le juge ait franchi le cercle dans lequel la loi a renfermé le pouvoir qu'elle lui a confié... Il faut qu'il ait entrepris sur les fonctions du législateur, soit en faisant une loi, soit en défendant qu'une loi fût exécutée ou publiée ;... ou entrepris sur

(1) V° *Divorce*, sect. 10, § 9, p. 661.

les attributions de l'autorité administrative en prenant connaissance des faits ou des actes que la loi réserve à son autorité... ou entrepris sur la compétence d'un autre tribunal en s'arrogeant le droit de juger ses justiciables ou de prononcer sur des matières dont la loi l'a constitué le juge exclusif. S'il ne fait rien de tout cela, il peut mal juger, il peut trahir ses devoirs, il peut violer la loi, mais il n'excédera pas ses pouvoirs ; il en a fait seulement un mauvais usage. »

Il résulte de ce passage que l'incompétence constituerait un véritable excès de pouvoir. Mais M. Delangle a fait justement remarquer que cela peut être vrai lorsqu'on prend ces expressions *sensu lato*, tandis qu'au point de vue légal on ne doit pas confondre l'excès de pouvoir ou l'incompétence, confusion que le législateur s'est gardé de faire, comme nous l'avons indiqué plus haut, en rappelant certaines dispositions de la loi du 11 mai 1838.

Il est vrai que les deux expressions « incompétence » et « excès de pouvoir » sont communément employées l'une pour l'autre dans le langage courant de la pratique judiciaire. Il est même rare que la première de ces expressions ne soit pas immédiatement suivie de la seconde dans la formule des moyens de cassation où l'on invoque la compétence. Il ne faut cependant pas assimiler ces deux choses : l'incompétence et l'excès de pouvoir. Sans doute Henrion de Pansey (1) a pu dire à bon droit : « Tout excès de pouvoir est une incompétence, comme toute incompétence renferme un excès de pouvoir : la raison en est que dans l'un comme dans l'autre

(1) Ch. 24, sect. II, p. 441.

cas le juge franchit le cercle de ses attributions. Mais il peut en sortir de deux manières, par des jugements et par des actes ; et il me semble que l'on peut dire que l'incompétence appartient d'une manière plus spéciale aux jugements et l'excès de pouvoir aux actes. »

Le caractère arbitraire de cette distinction entre les jugements et les actes a été depuis longtemps et très justement signalé.

« L'abus de pouvoir, a dit M. Carnot (1), se commet aussi bien par l'abus qu'un tribunal fait de sa compétence, en se permettant de faire une chose qui lui est interdite par la loi, qu'en jugeant une contestation qui ne rentre pas dans ses attributions. » C'est marquer exactement la véritable distinction à faire entre l'incompétence et l'excès de pouvoir ; et pour nous résumer sur ce point nous emprunterons quelques lignes au Répertoire de Dalloz (2) ; « il y a incompétence lorsque le tribunal retient la connaissance d'un procès qui, soit par sa nature ou le chiffre de la demande, soit à raison de l'objet litigieux ou du domicile du défendeur appartient à la juridiction d'un autre tribunal du même ordre ou d'un ordre différent : tandis qu'il y a excès de pouvoir toutes les fois que le juge, fût-ce même à l'occasion d'une affaire de sa compétence, émet une disposition qui dépasse les limites de sa fonction de juge. »

Mais tandis que l'excès de pouvoir spécifié dans l'article 80 de la loi de ventôse ne donne prise à la censure de la Cour de cassation que sur l'initiative gouvernementale dont l'action directe n'est autorisée que dans l'intérêt général de la société et ne peut aboutir qu'à

(1) *De l'instruction criminelle*, t. 3, p. 108.
(2) V° *Compétence*, n° 38, p. 442.

l'annulation de la décision dénoncée, les parties elles-mêmes peuvent se faire un moyen de l'excès de pouvoir lorsque les décisions qu'elles attaquent ne portent pas une atteinte directe à l'organisation des pouvoirs publics ou aux principes constitutionnels. Le fondement de cette distinction se trouve dans la jurisprudence.

« Considérant, dit un ancien arrêt de la Chambre des requêtes (1), que c'est au gouvernement que l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII donne le droit de dénoncer directement au tribunal de cassation (section des requêtes), les actes par lesquels ces juges ont excédé leurs pouvoirs ; et que ce même article en réservant aux parties intéressées la faculté d'exercer nonobstant cette dénonciation les droits que leur donnent les lois précédentes n'attribue à ces parties ni le droit de dénonciation directe ni aucun droit nouveau. »

« Attendu, a dit encore la même Cour dans son arrêt du 22 avril 1846 (2),que la haute juridiction déférée à la Chambre des requêtes de la Cour de cassation par l'article 80 de la loi du 22 ventôse an VIII et en vertu de laquelle, sur la dénonciation du gouvernement, la dite chambre annule, s'il y a lieu, tous actes par lesquels les juges auraient excédé leurs pouvoirs est une juridiction d'une nature politique et gouvernementale qui ne comporte ni instance ni parties; — qu'elle doit être uniquement exercée dans l'intérêt de l'ordre public et en dehors des intérêts privés se rattachant à l'acte dénoncé dont l'annulation est d'ailleurs prononcée sans préjudice au fond du droit des parties intéressées au dit acte. »

Dans l'affaire où est intervenu cet arrêt, la Cour a

(1) 26 ventôse an XII, Dall., *Rép.*, V° *Cassation*, n° 1040, note 1.
(2) D. P. 1846.1.172 ; adde 23 février 1847, D. P. 1847.1.153.

annulé pour excès de pouvoir un jugement du tribunal civil du département de la Seine du 28 mars 1845 qui avait reconnu à une partie le droit de prendre le titre de vicomte et d'ajouter un nom à son propre nom sans avoir au préalable rempli les formalités voulues par les dispositions de la charte et les lois et règlements sur la matière ; et la Cour de cassation a décidé que ledit jugement a ainsi méconnu les prérogatives de la Couronne et empiété sur l'autorité administrative, ce qui constitue un excès de pouvoir prévu et réprimé par ledit article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII.

Tout autre est l'excès de pouvoir de droit commun ou improprement dit qui peut être invoqué par les parties elles-mêmes et qui donne ouverture à cassation dans les termes et suivant les voies ordinaires, lorsque les décisions que ces parties attaquent ne portent pas une atteinte directe à l'organisation des pouvoirs publics ou aux principes constitutionnels.

C'est ainsi notamment que la jurisprudence considère comme un excès de pouvoir de cette nature le refus par le juge soit d'accueillir une preuve offerte par les parties dans le cas où la loi l'autorise, soit d'admettre une fin de non-recevoir arbitraire contre une action légitime. Donnons pour exemple que les tribunaux ne sauraient accueillir une exception opposée à une demande d'aliments formée contre un père par son fils sous prétexte qu'il se serait marié contre son gré (1). Le juge excéderait encore ses pouvoirs dans ce même sens s'il modifiait une convention qui par elle-même est claire et précise,

(1) Baudry-Lacantinerie, t. I, p. 363.

sous prétexte d'intention présumée des parties ou de considérations de temps et de lieu (1).

En un mot, et pour généraliser, nous dirons avec M. Dalloz (2), « que l'excès de pouvoir au point de vue où nous sommes maintenant placé, consiste en ce que le juge sans sortir de ses fonctions et sans empiéter sur les pouvoirs réservés à un autre tribunal fait plus et autre chose que ce que veut la loi. Dès lors il excède ses pouvoirs et il commet une infraction qui diffère des erreurs de fait et des fausses interprétations ou applications de la loi ».

Il est quelquefois difficile, à la vérité, de distinguer si une décision contient un excès de pouvoir ou seulement une fausse application de la loi ou même une irrégularité de procédure n'entraînant pas la nullité du jugement. La Chambre des requêtes s'est prononcée le 14 janvier 1850 (3) sur une espèce intéressante où le pourvoi signalait comme un excès de pouvoir le défaut de serment de la part du greffier provisoire que le juge de paix avait nommé d'office pour l'assister, par suite de l'abstention du greffier titulaire.

La Cour répondit : « Attendu qu'on ne saurait confondre l'irrégularité résultant du défaut de serment du greffier nommé d'office par le juge de paix, en cas d'abstention du greffier titulaire, avec un excès de pouvoir donnant ouverture à cassation contre le jugement qu'il a rendu avec l'assistance de ce greffier provisoire. »

Le juge de paix, dit l'arrêtiste, était loin, dans l'espèce,

(1) Dalloz, *C. pr. civ. annoté*, V° *Pourvoi en cassation*, n° 1127, renvoyant à Civ. cass., 5 germinal an XII, *Rép.*, V° *Cass.*, n° 1481, 4° et V° *Obligations*, n° 849, 1.

(2) *Rép.*, V° *Excès de pouvoir*, n° 11.

(3) D. P. 1850. 1. 168 de la note.

d'avoir méconnu ses attributions soit en les dépassant, soit en n'en usant pas. Il était resté, au contraire, dans les limites de ses pouvoirs ; seulement il les avait exercés irrégulièrement. C'était là un vice de forme, affectant la composition du tribunal, mais ne touchant en rien aux pouvoirs du juge de paix.

Un des considérants de cet arrêt prouve que le juge peut également commettre des excès de pouvoir négatifs. On en trouve des exemples dans la jurisprudence. « Déjà, disait M. Dupin dans un de ses réquisitoires, la Cour a fixé ce point de jurisprudence qu'il y a excès de pouvoir non seulement dans l'empiétement sur une attribution que la loi n'avait pas donnée, mais encore dans le refus de faire ce que la loi ordonne. Quand il s'agit d'action publique ou disciplinaire, refuser de juger ou de faire un acte nécessaire c'est méconnaître son pouvoir, et sortir des limites tracées par le législateur (*excedere*) (1). »

L'arrêt précité nous rappelle que la loi du 25 mai 1838, en réformant la législation antérieure (art. 77 de la loi du 27 ventôse an II) qui autorisait le pourvoi en cassation contre les jugements de juge de paix, pour excès de pouvoir et incompétence, et en restreignant ces recours aux excès de pouvoir seulement, a voulu renfermer l'exercice de ce recours dans les circonstances toujours rares, mais importantes, où l'ordre général est troublé ; »... C'est à la Cour de cassation qu'il appartient d'apprécier ces circonstances et depuis longtemps elle a donné la formule du principe qu'elle applique en pareil cas.

« Attendu, lisons-nous notamment dans un arrêt du 10 février 1868 (2), qu'aux termes de l'article 15 de la loi

(1) D. *Rép.*, V° *Cassation*, n° 1475.
(2) D.P. 1868. 1. 422 et la note. *Adde*, 9 juillet 1894, D. P. 1894. 1. 512.

du 25 mai 1838, les jugements rendus en dernier ressort par les juges de paix ne peuvent être attaqués par la voie du recours en cassation que pour excès de pouvoirs, c'est-à-dire lorsque le juge de paix, dépassant le cercle de ses attributions judiciaires, entreprend sur celles du pouvoir législatif ou des pouvoirs exécutif ou administratif.

Un arrêt antérieur (1) donne une formule plus explicite encore et plus large : « que l'excès de pouvoir ne se peut entendre en pareil cas que de l'infraction par suite de laquelle le juge, sortant du cercle de ses attributions, troublerait par sa décision illégale l'ordre des juridictions ou porterait atteinte aux principes d'ordre public que tous les pouvoirs sont tenus de respecter. »

Il résulte des principes ainsi posés que les sentences des juges de paix ne sont pas attaquables devant la Cour de cassation pour empiétement sur les attributions d'une juridiction de l'ordre judiciaire, autrement dit pour incompétence. Elles doivent, dans ce cas, être attaquées par la voie de l'appel, sauf, bien entendu, recours en cassation contre le jugement intervenu sur appel.

Pour nous résumer et pour jeter un dernier coup d'œil sur cette question de l'excès de pouvoir très compliquée et assez confuse encore, en dépit des efforts multipliés pour l'éclairer, nous dirons que le juge, après avoir vérifié sa compétence, doit se garder d'excéder ses pouvoirs sous peine d'exposer sa décision à tomber sous l'application de l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII ou sous le coup de l'article 88 de la même loi qui parle encore d'excès de pouvoir, mais en attribuant cette fois compétence à la Chambre civile.

(1) 7 août 1843, D. *Rép.*, V° *Cassation*, n° 1480 et la note.

Le cas d'excès de pouvoir se trouve en effet visé dans l'un et l'autre article. Comme le faisait remarquer M. le conseiller Mestadier, à l'audience du 17 avril 1832 dans un rapport cité partout (1) et qui constitue un des éléments classiques de la théorie sur la matière : « Il y a donc des excès de pouvoir de plusieurs genres et l'expression est assez élastique pour donner ouverture à plusieurs interprétations. La raison de douter résulte aussi par analogie des articles 441 et 442 du Code d'instruction criminelle. Peut-être y trouverait-on plutôt la raison de décider. Le premier exige un ordre formel du ministre de la justice et il prévoit aussi le cas de la possibilité d'une poursuite. Le deuxième autorise le procureur général à agir d'office et il ne prévoit que la cassation pure et simple de l'arrêt dénoncé. Ne serait-ce pas seulement lorsque l'ordre public a été blessé ou la sûreté de l'État compromise, ou l'ordre des juridictions troublé, ou lorsque, franchissant le cercle dans lequel la loi a renfermé le pouvoir qu'elle lui a confié, le juge a entrepris sur les fonctions du législateur ou sur les attributions de l'autorité administrative, qu'il peut être permis de dénoncer l'excès de pouvoir à la Chambre des requêtes ? Si le juge ne fait rien de tout cela, il peut violer la loi, mal juger, trahir ses devoirs, faire un mauvais usage de ses pouvoirs ; mais ne sortant pas du cercle de ses attributions, il ne se rend pas coupable d'excès de pouvoir dans le sens de l'article 80 de la loi du 27 ventôse an VIII. »

C'est à peu près le même langage que celui de Merlin,

(1) Notamment D. A., V° *Cassation*, n° 1043 et Delangle, *Encyclopédie du droit, eod. verbo*, p. 239.

tel que nous l'avons précédemment recueilli (1). Là comme ici nous avons rencontré une expression qui est de nature à fixer quelques instants notre attention et dont nous déterminerons le sens dans le chapitre suivant. Il s'agit du *mal jugé* au sujet duquel nous croyons utile de présenter quelques considérations qui formeront comme une transition naturelle entre la première et la seconde partie de ce travail.

(1) Voir *supra*, p. 76

CHAPITRE IV

DU MAL JUGÉ.

Quelles que soient les mesures prises par l'autorité publique pour donner de bons juges aux citoyens et quels que soient les efforts des juges eux-mêmes pour rendre aux parties exacte et loyale justice, il faut toujours compter sur les faiblesses de la nature et les imperfections de l'intelligence humaines et s'attendre par suite à de mauvais jugements. Les plus grands magistrats l'ont reconnu et proclamé avec toute l'autorité de leur expérience et de leur parole.

« Les gouvernements, disait notamment Henrion de Pansey (1), dépositaires de toutes les volontés individuelles, doivent à tous une justice que chacun s'est interdit de se rendre à soi-même. De là l'institution des juges et l'obligation imposée à la force publique d'intervenir dans l'exécution des jugements. Mais, ce double devoir accompli, la société sous ce rapport est quitte envers ses membres. Elle ne pouvait pas prendre l'engagement de leur donner des juges infaillibles, puisque ces juges elle ne pouvait les choisir que parmi les hommes. Tout à fait étrangère aux méprises des tribunaux elle ne doit donc aucune espèce de dédommagement à ceux dont ces méprises pourraient froisser les intérêts (2). »

(1) Ch. 24, sect. 12, p. 407.
(2) Cette proposition n'a pas cessé d'être exacte en ce qui touche les

On sait qu'il n'en était pas de même en droit romain où le juge pouvait faire un procès sien fût-ce par ignorance et encourir une condamnation de ce chef *in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur* (1).

Il était néanmoins impossible de laisser les juges commettre impunément toutes sortes d'erreurs, même les erreurs de droit les plus grossières, puisqu'une pareille tolérance aurait abouti à la suppression des lois elles-mêmes (2). Aussi les jurisconsultes se sont-ils préoccupés dès longtemps d'établir une distinction entre le mal jugé proprement dit et la violation de la loi. C'est ainsi que nous trouvons une conception très nette de la différence qui existe entre l'une et l'autre dans la loi 1, § 2, *Quæ sentent. sine appellatione*, etc. Après avoir posé en principe que les jugements rendus contrairement aux constitutions impériales sont nuls de droit, le jurisconsulte explique ce qu'il faut entendre par de tels jugements. *Contra constitutiones autem judicatur cum de jure constitutionis non de jure litigatoris pronuntiatur.* Puis il explique et développe sa pensée dans un exemple resté célèbre, celui d'un ci-

jugements rendus en matière civile, mais nous n'ignorons pas qu'une loi récente qui a modifié le ch. III du liv. II, tit. III, C. Inst. crim. permet d'accorder des indemnités aux victimes des erreurs judiciaires. L. 8 juin 1895 (*J. officiel* du 11 juin).

(1) Instit., liv. IV, tit. V, pr.

(2) Henrion de Pansey disait encore dans ce langage pompeux qui était celui de son temps : « Dans le nombre des mauvais jugements il en est qui, indépendamment du préjudice qu'ils causent aux parties condamnées, attaquent et ébranlent l'édifice social en violant les lois qui en sont les bases et en constituent les fondements ; or l'autorité publique se doit à elle-même et doit à la société de casser et annuler ces jugements et de faire disparaître des archives judiciaires ces monuments de scandale et en quelque sorte de rébellion. Chap. 24, sect. 2, p. 407.

toyen se prévalant du nombre de ses enfants et des fonctions dont il est investi pour s'exonérer de la tutelle. En pareil cas le juge peut statuer soit en fait soit en droit : il peut dire que le demandeur ne se trouve dans aucun des cas prévus par les constitutions et, en le disant, il peut se tromper en fait et par conséquent mal juger, mais sans violer aucunement ces constitutions ; ou bien il peut déclarer que les causes alléguées et vérifiées ne suffisent pas à justifier la demande, alors que les constitutions disent le contraire, et dans ce cas il les viole directement.

Un avis du Conseil d'État du 18 janvier 1806 (1) a développé dans le même ordre d'idées des considérations qui ne sont pas hors de propos dans une étude telle que la nôtre. « Les constitutions, porte cet avis, n'ont établi que deux degrés de juridiction. Elles ont créé les cours d'appel pour juger en dernier ressort, mais les actes émanés de ces cours n'ont le caractère de décisions souveraines qu'autant qu'ils sont revêtus des formes requises pour constituer un jugement. Si les formes ont été violées il n'y a pas de jugement à proprement parler et la Cour de cassation détruit un acte irrégulier. Si au contraire toutes les formes ont été observées, le jugement est réputé la vérité même. Des raisons puissantes d'un intérêt général ont impérieusement exigé cette maxime. Des juges supérieurs sont établis pour réparer les erreurs d'une première décision. S'il était permis de remettre en question ce qui aurait été jugé par les cours, où faudrait-il arrêter ces examens ultérieurs et quelle plus forte garantie la société aurait-elle contre les

(1) S. V. 6. 2. 74.

erreurs des troisième et quatrième juges ? Cependant la stabilité des jugements rendus par les Cours repose, il faut en convenir, non sur la certitude acquise qu'un arrêt est juste, mais sur la présomption de sa justice quand il est revêtu des formes qui lui donnent le caractère d'un jugement. Or il est de la nature de toute présomption de céder à la vérité contraire quand elle est démontrée : si donc un arrêt se trouve en opposition formelle avec une disposition textuelle de la loi, la présomption de sa justice disparaît, car la loi est et doit être la justice des tribunaux. Aussi la Cour de cassation a-t-elle le droit d'annuler dans ce cas les actes des cours. »

Mais aux cours d'appel, aux tribunaux d'arrondissement, aux juridictions inférieures appartient le droit exclusif de constater les faits litigieux, d'où vient aux magistrats chargés de faire cette constatation le nom de juges du fait que leur donne souvent le langage de la pratique. Ce n'est point qu'ils ne soient aussi juges du droit, mais ils n'en sont pas juges souverains. Leurs décisions à cet égard sont soumises au contrôle de la Cour de cassation ; sur le terrain du fait, au contraire, elles sont souveraines et restent à l'abri de toute contradiction devant la Cour suprême. Celle-ci ne connaît des faits que ce qui lui en est révélé par la décision même qui lui est déférée ; elle les tient pour exacts et constants fussent-ils absolument controuvés et hypothétiques. Non seulement le juge du fond a le droit de constater souverainement les faits mais il peut encore les caractériser sans risquer d'encourir la moindre censure. Il peut déclarer par exemple que tels faits, établis dans une enquête, constituent des sévices de nature à

justifier une demande en séparation de corps, que tels autres offrent tous les caractères d'une réconciliation, qu'une donation est faite avec dispense de rapport, que les faits articulés sont ou ne sont pas pertinents et admissibles (1).

Nous rencontrons ici non point précisément une question mais une situation juridique de nature à solliciter et à retenir quelques instants notre attention. Nous voulons parler de l'office du juge dans une de ces matières essentiellement pratiques et usuelles où le fait joue un rôle prépondérant et où cependant le pouvoir du juge n'est point souverain comme on pourrait être disposé à le penser. Il s'agit des actions en responsabilité, autrement dit en dommages-intérêts. Où s'arrête en cette matière le pouvoir d'appréciation des juges du fond ? Quel est le lot qui leur appartient sans partage ? Quelle est au contraire la part que la Cour de cassation peut revendiquer dans l'examen des questions de ce genre ? Il est un premier point hors de doute et de contestation, c'est que toute faute supposant un fait positif ou négatif les tribunaux sont souverains pour constater les faits générateurs de la faute et invoqués par les parties comme source de préjudice et cause de réparation. Les juges du fond peuvent, à leur gré, retenir ces faits ou les écarter, les tenir pour constants ou non établis, sous l'unique contrôle de leur conscience. Mais ce qu'il ne leur est pas permis de déclarer souverainement c'est que ces faits constituent ou non une faute, sans qu'il soit possible à la Cour suprême de contrôler et de reviser cette déclaration.

C'est en effet une règle générale rappelée cent fois et

(1) *Encyclopédie du droit*, V° *Cour de cassation*, p. 309, col. 1.

plus par la jurisprudence que, si les juges du fond ont un pouvoir souverain pour constater les faits, il appartient à la Cour de cassation de rechercher s'ils n'ont point tiré de ces faits souverainement constatés des conséquences qui n'en ressortaient pas et qui impliquaient une violation de la loi (1). C'est surtout en matière de responsabilité qu'il importe de rappeler au juge du fait sa véritable mission et les limites qu'il ne saurait franchir sans exposer sa décision à la censure de la cour régulatrice. Il n'y a pas très longtemps que ces limites ont été posées par sa jurisprudence. Jusqu'à ces dernières années, certaines de ses décisions semblaient reconnaître au juge du fait en pareille matière une omnipotence complète. C'est ainsi que l'on pouvait lire dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 novembre 1860 (2) « que la loi ne définit pas et ne pouvait pas définir les fautes de nature à engager vis-à-vis des tiers la responsabilité de ceux qui les ont commises et qu'elle en laisse l'appréciation à la sagesse et à la conscience du juge dont les décisions échappent sous ce rapport à toute censure ». Mais cette jurisprudence, justement critiquée comme trop vague, trop générale et trop contradictoire, ne permettait pas de distinguer nettement en matière de responsabilité les questions de fait qu'il appartient au juge d'apprécier souverainement et les questions de droit qu'il ne tranche que sous le contrôle de la Cour suprême. Ce pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond est quelquefois très res-

(1) Attendu, dit un arrêt de cassation du 3 mars 1869, que s'il appartient aux tribunaux de rechercher les faits, la Cour de cassation doit toujours vérifier si les conséquences tirées de ces constatations sont juridiques (D. P. 69. 1. 200).

(2) D. P. 61. 1. 339.

treint et il pourra se réduire à néant lorsque le juge se trouvera en présence d'un fait nettement défendu dans l'intérêt des tiers (1). Il est au contraire très étendu dans le cas où la loi n'a édicté qu'une prescription vague et générale comme celle qui recommande la prudence (2). En pareil cas la constatation et l'appréciation des éléments qui constituent le fait illicite sont abandonnées au juge du fond, mais il faut qu'il exclue toute imprudence, soit par voie de négation, soit par voie d'appréciation non sujette à contradiction. C'est ainsi que telles constatations de fait qui avaient paru suffisantes à une cour d'appel pour nier l'imprudence ont paru insuffisantes à la Chambre civile qui, par un arrêt très intéressant du 27 mai 1868 (3), a fait entrer la jurisprudence dans une voie nouvelle où elle s'est engagée de plus en plus. Elle montre par là aux juges du fait combien ils doivent se préoccuper en cette matière si pratique et si usuelle de ne point méconnaître les caractères légaux de la faute, base essentielle et fondement de l'action en responsabilité portée devant eux. Tenons donc pour principe aujourd'hui certain qu'en matière de quasi-délit il appartient à la Cour de cassation de contrôler la qualification légale des faits et de vérifier s'ils constituent, en droit, une faute engageant la responsabilité de ceux à la charge de qui ils sont relevés et constatés (4).

Mais, même en dehors de ces questions dont on dit avec raison que *potius in facto quam in jure consistunt* et où l'élément juridique entre néanmoins dans de cer-

(1) Voir note sous l'arrêt du 24 janvier 1870, D. P. 70. 1. 177.
(2) V. Larombière, *Théorie et pratique des obligations*, t. V, p. 686.
(3) D. P. 69. 1. 404.
(4) Sourdat, *Traité de la responsabilité*, 2e éd., t. I, nos 132, 461 et 464 ; 12 janvier 1875, civ. ; D. P. 75. 1. 145.

taines proportions, n'est-il pas d'autres matières où les juges ont le droit absolu de mal juger sans que les erreurs puissent en aucun cas donner ouverture à cassation? Oui sans doute, et la Cour suprême ne connaissant jamais du fond des affaires n'a point qualité pour réparer ces sortes d'erreurs qui constituent au premier chef ce que l'on appelle un mal jugé (1). Mais il faut cependant observer que quelle que soit l'étendue des pouvoirs des tribunaux à cet égard, il est des bornes qu'ils ne sauraient dépasser impunément.

La force des choses n'a pas permis, écrivait M. Delangle, que la Cour de cassation laissât dans tous les cas aux juges du fond une faculté d'appréciation telle qu'ils pussent souverainement donner un démenti irréfragable à des faits légalement constatés. Par un sage tempérament, la Cour régulatrice, sans entrer dans l'examen du fond, décide que la preuve de la fausseté d'un fait admis comme constant par l'arrêt attaqué peut être prouvée par acte authentique, et, dans ce cas, la preuve entraîne la cassation.

L'éminent magistrat en cite un remarquable exemple. La Cour de Paris avait rejeté un appel par le motif de fait que l'acte d'appel n'avait pas été signifié ni à la personne ni au domicile de l'intimé. Cependant l'acte produit attestait le contraire. L'arrêt fut cassé le 4 avril 1821 (2).

« Attendu, disait la Cour suprême, qu'il résulte de la combinaison des articles 1317 et 1319 du Code civil que les juges sont obligés d'ajouter foi aux actes de la nature de ceux qui y sont énoncés tant que leur authenticité n'est point attaquée par une voie légale; que dans

(1) Delangle, *op. cit*, no 366, p. 310.
(2) S. V. 21. 1. 40, 3e édit.

l'acte d'appel dont il s'agit et dont l'exploit se trouve joint à la production des demandeurs on trouve la mention expresse de la signification faite tant à personne qu'à domicile. »

La Cour de cassation a rendu en vertu de la même doctrine d'assez nombreux arrêts (1) qui doivent être autant de règles pour le juge mais qu'il faut entendre avec discernement. Au surplus, les énonciations que le juge déclare résulter d'un acte et les conséquences qu'il en déduit ne sauraient être critiquées devant la Cour de cassation si l'acte n'est pas produit ou représenté. Ajoutons que la Cour tient uniquement pour constants les faits qui sont rappelés dans les qualités de l'arrêt et ne considère comme pièces probantes que les actes qui y sont relatés. De là l'importance qui s'attache à la rédaction des qualités, mais on sait qu'elle n'est point l'œuvre du juge.

En dehors des hypothèses que nous venons d'examiner, la Cour de cassation a toujours fait preuve d'une extrême prudence et de la plus sage réserve dans l'exercice de son droit de contrôle, afin d'éviter tout empiétement sur les attributions des juges du fait. Elle n'a jamais oublié ces paroles d'un de ses plus illustres procureurs généraux (2) :

« Mal juger et juger contre une loi expresse sont deux choses totalement différentes ; et si la Cour peut et doit casser tous les arrêts qui jugent contre la loi, elle ne doit, elle ne peut jamais casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n'offense que des principes univer-

(1) Voy. notamment Req., 5 juillet 1837, D. P. 38.1. 472.

(2) Merlin, *Quest.*, V° *Cassation*, § 37, p. 354. Voyez aussi Meyer, *Instit. jud.*, t. V, p. 163.

sellement reçus, il est vrai, mais auxquels le législateur n'a pas imprimé le sceau de sa puissance. »

Et Boncenne disait dans son introduction : « Il n'y a pas d'autres lois pour l'appréciation des faits et pour l'interprétation des clauses d'un contrat que celles de l'intelligence et de l'équité. Le pouvoir régulateur ne pénètre pas jusque-là : autrement la Cour de cassation ne serait qu'une Cour d'appel » (1).

Comme nous le rappelions il n'y a qu'un instant, la Cour s'est constamment, et dès son origine, montrée fidèle à ces principes. « Considérant, dit un ancien arrêt de la Chambre civile au rapport de M. Coffinhal, qu'alors même qu'il y aurait injustice ou mal jugé dans la disposition de l'arrêt attaqué qui déclare que l'antichrésiste n'a commis aucune dégradation, il n'en résulterait pas ouverture à cassation. » Il en serait de même d'une prétendue infraction aux règles de l'équité. « Attendu, lisons-nous dans un arrêt des requêtes du 14 décembre 1807 (2), qu'en décidant comme il l'a fait, l'arrêt s'est parfaitement conformé aux règles de l'équité dont l'infraction dans aucun cas ne pourrait donner ouverture à cassation. » Mais il est à peine besoin d'ajouter que le droit de contrôle revivrait et s'exercerait dans sa plénitude si, sous prétexte de se fonder sur les principes de l'équité, le juge violait une loi positive.

Nous n'insisterons pas sur cette question du mal jugé bien qu'elle se rattache d'une façon très étroite à la théorie générale de l'office du juge. Il nous a paru néanmoins

(1) C'était le langage que tenaient déjà Gilbert des Voisins et Tholozan cités par Henrion de Pansey, ch. XXIV, note 10, page 415. Cf., Dalloz, *Rép.*, V° *Cassation*, ch. 13, n° 1303.

(2) D. *Rép.*, V° *Cassation*, n° 1304.

opportun de toucher cette question pour montrer comment il faut entendre ce que l'on appelle communément l'omnipotence ou le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Nous retrouverons d'ailleurs plus loin quelques principes qui dominent cette matière lorsque nous traiterons des règles qui tracent au juge son office en matière de preuve. Contentons-nous, pour le moment, d'ajouter que lorsque l'organisation de l'ordre judiciaire fut accomplie, le législateur se préoccupa aussitôt, autant qu'il était en son pouvoir, d'assurer aux justiciables, même au seul point de vue de l'examen des faits, une justice éclairée et consciencieuse. C'est ainsi qu'il adressait aux juges des recommandations ou des injonctions qui n'ont rien perdu de leur utilité ni de leur à-propos. Henrion de Pansey a cité à cet égard toute une série de dispositions empruntées aux anciennes ordonnances royales depuis Charles V jusqu'aux Valois et dont quelques-unes ont passé dans notre législation moderne. Ainsi aux termes de l'édit de 1521 et de l'ordonnance de 1560 les juges ne peuvent traiter de quelque manière que ce soit des procès portés devant leur tribunal à peine pour le juge d'une amende arbitraire et pour la partie de la perte de l'objet contentieux et des frais du procès (1). Certaines dispositions de ces ordonnances jettent, il faut bien le reconnaître, un jour singulier sur les mœurs judiciaires du temps où elles ont été promulguées, mais elles témoignent toutes, par la minutie des détails où elles descendent, de

(1) Ce texte est devenu avec quelques variantes de rédaction l'article 1597 du Code civil.

l'importance légitime que l'autorité royale attachait au bon ordre de la justice (1).

Tout est prévu, réglé dans ces ordonnances, jusqu'aux lieux et aux heures où les arrêts doivent être rédigés ; mais la prescription la plus fréquemment reproduite et la plus instamment rappelée est celle qui recommande aux juges de se livrer à l'étude des lois, de la jurisprudence (2) et surtout des ordonnances royales.

« Vous jurez à vos réceptions, disait le chancelier de l'Hôpital aux magistrats de Rouen, dans un discours que nous avons déjà cité, de garder les ordonnances ; les gardez-vous bien ? Messieurs, faites que l'ordonnance soit par dessus vous. L'ordonnance est le commandement du Roi et vous n'êtes pas par dessus le Roi. Il n'y a prince ou autres qui ne soient tenus de garder les ordonnances du Roi. Si vous trouvez en pratiquant que l'ordonnance soit dure, difficile, malpropre et incommode pour le pays où vous jugez vous la devez pourtant garder jusqu'à ce que le prince la corrige, n'ayant pouvoir de la changer mais seulement d'user de remontrance (3). »

(1) Les royaumes sans bon ordre de justice ne peuvent avoir durée ne fermeté aucune.

Ce texte emprunté au préambule de l'ordonnance de 1454 sert d'épigraphe au bel ouvrage d'Henrion de Pansey que nous avons mis si souvent à contribution.

(2) L'article 113 de l'ordonnance de 1454 enjoint aux juges de se livrer à l'étude de la jurisprudence et notamment des anciens arrêts. « Et si aucuns, dit-elle, étaient incurieux de ce, voulons que nos présidents les admonestent et induisent à ce faire, et si besoin est nous en avertissent pour y donner provision, telle qu'il appartiendra, sans acception de personnes. »

(3) Voilà pourquoi l'ordonnance de Louis XII de 1499, article 78, exige que chaque juge dans l'année de sa nomination, se procure le recueil des ordonnances des rois et qu'il en fasse l'objet continuel de ses

Ce que l'Hôpital disait de l'étude des ordonnances bien d'autres avant et après lui l'ont dit de l'étude des lois. On sait que Justinien plaçait au premier rang des devoirs du juge celui de s'attacher à ne juger jamais que suivant les lois, les constitutions et les coutumes (1). *Constitutiones principum*, ajoutait la loi 12 C. *de juris et facti ignorantia, nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus.* Domat, s'inspirant de ce texte. dans le titre de son traité du droit public consacré aux devoirs des officiers de justice, demandait avant tout aux magistrats la capacité qu'il définissait en ces termes :

« La capacité des officiers de justice obligés de savoir les lois consiste au bon sens avec un degré d'intelligence et de droiture d'esprit capable de cette science qui consiste en une connaissance claire et solide et en ordre des définitions, des principes et des règles des diverses matières du droit, afin de posséder la liaison des règles à leurs principes et d'en savoir faire l'application aux questions qui sont à juger; et ils doivent aussi avoir la connaissance des ordonnances qui regardent leurs fonctions et celle des coutumes des lieux où leur ministère se doit exercer, car sans le bon sens, intelligence et droiture d'esprit on ne saurait avoir cette vraie science et ce qu'on pourrait avoir de connaissance ne serait que confusion souvent pire que le défaut de science; mais sans cette science le meilleur sens ne saurait suffire

méditations. Ce même article ajoute : « Voulons qu'en aucune chambre ou auditoire il y ait un livre des ordonnances, afin que si aucune difficulté y survient on ait promptement recours à icelle » (Henrion de Pansey, p. 172).

(1) *Instit. De officio judicis*, pr.

pour entendre et juger les difficultés, ni pour suppléer à la connaissance de plusieurs règles qui, étant simplement arbitraires, doivent être connues et suivies bien précisément (1). »

Ces considérations si judicieuses et qui témoignent d'une si profonde expérience nous conduisent par une transition naturelle à étudier l'usage (2) que les magistrats doivent faire des lois et comment ils doivent les interpréter. Ici encore nous aurons fréquemment à recourir au trésor inépuisable qu'offrent à cet égard les lois civiles.

(1) *Droit public*, liv. 11, sect. 1, III.

(2) On appelle ici usage des règles la manière de les appliquer aux questions qui sont à juger ; et l'application des règles demande souvent qu'on les interprète.

Lois civiles, livre préliminaire, tit. 1, sect. 1, préambule.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'OFFICE DU JUGE DANS LES CAUSES DE DROIT COMMUN LES PLUS USUELLES.

CHAPITRE PREMIER

DE L'OFFICE DU JUGE EN MATIÈRE D'INTERPRÉTATION DES LOIS, DES CONTRATS ET DES TESTAMENTS.

SECTION I. — De l'interprétation des lois.

Bodin a écrit quelque part dans sa *République* (1) : « Me souvient que le président d'une des chambres des enquêtes de Toulouse, nommé Barthélemy, voyant tous les conseillers de sa chambre de même opinion en un procès et directement contre l'ordonnance, il les contraignit, après avoir fait assembler toutes les chambres, de changer d'opinion et juger selon l'ordonnance. Toutefois, en ce cas où l'injustice serait évidente au fait qui se présenterait, les sages magistrats ont accoutumé d'en advertir le roi, pour déclarer son ordonnance qui est l'un des points concernant la majesté, et n'appar-

(1) Liv. III, ch. 1.

tient pas aux magistrats de passer par dessus l'ordonnance et disputer d'icelle étant claire et sans difficulté : ainsi il la faut bien étudier pour l'exécuter de point en point. »

L'ingénieux expédient imaginé par le président Barthélemy pour faire prévaloir son opinion ne serait plus possible aujourd'hui. Un président contrecarré n'aurait point la ressource d'en appeler à une assemblée générale de sa compagnie pour avoir raison de ses assesseurs récalcitrants. De même la pratique suivie au temps de Bodin par les sages magistrats aux prises avec les difficultés d'application d'une loi qui leur semblerait injuste ne serait plus de mise actuellement et les tribunaux n'auraient plus la faculté de recourir à l'autorité législative, pour faire *déclarer*, c'est-à-dire pour interpréter la loi. Nous avons vu en effet précédemment que, si les juges ne doivent statuer que sur la cause qui leur est soumise, ils doivent toujours et nécessairement statuer sur celle qui leur est déférée et qu'ils ne peuvent, aux termes de l'article 4 du Code civil, refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (1). Tout différend porté devant un tribunal doit y trouver sa solution et le juge n'est pas légalement admis à prétendre que la loi ne lui fournit pas les moyens de la donner.

Les tribunaux, dit très justement Zachariæ (2), ont non seulement le droit mais le devoir d'interpréter les

(1) Quelles sont les attributions du pouvoir judiciaire, se demandait M. Dupin dans ses conclusions précitées du 25 juin 1850 ? Et il répondait : elles sont déterminées par sa nature même. Il juge ; en d'autres termes il porte des décisions motivées sur les causes qui lui sont soumises ; c'est ce qu'expriment ces mots : *sententia judicum.*

(2) T. 1, p. 125, § 39 *bis*.

lois mais de suppléer à leur silence en tant que cela est nécessaire pour décider les affaires qui leur sont soumises. Non seulement il n'est pas permis au juge, mais il lui est même interdit de suspendre le jugement d'une contestation pour demander au législateur une interprétation qui devienne la règle de sa décision future.

« Comme les lois », disait Domat (1) s'inspirant du droit romain (2), « regardent en général tous les cas où leur intention peut s'appliquer, elles n'expriment point les divers cas particuliers. Car ce détail qui est impossible serait inutile. Mais elles comprennent généralement tous les événements où leur intention peut servir de règle. » C'est dans ces divers cas où la loi reste forcément muette que le juge doit recourir à l'interprétation dont il lui importe dès lors de connaître les règles.

Les commentateurs distinguent plusieurs sortes d'interprétation d'après la qualité de ceux qui la donnent; mais en réalité, comme l'a fait observer M. Demolombe (3), s'il y a plusieurs manières d'interpréter, ce mot n'a jamais qu'un sens unique; que l'interprétation soit donnée par un simple particulier, par un tribunal ou par le législateur ce n'est jamais qu'une seule et même opération qui consiste à élucider, ou suivant l'expression de Bodin, à *déclarer* le sens de la loi.

L'interprétation des lois, dit encore Marcadé (4), comme toute autre, comme toute explication, quelle qu'elle soit, est permise à tous les citoyens; et si, en général, elle émane des magistrats et des jurisconsultes,

(1) *Lois civiles*, titre préliminaire, P. 3, n° 22.
(2) Loi 10, D. *de legibus*.
(3) T. 1, p. 137, n° 165.
(4) Sur l'article 2.

c'est que les études spéciales de ceux-ci les mettent en état de donner une interprétation plus saine des textes faisant difficulté : mais l'interprétation du magistrat ou du jurisconsulte pas plus que celle du simple citoyen ne saurait faire loi ni être imposée à tous, elle n'a qu'une autorité de raison et de logique. Malgré elle les tribunaux restent libres d'appliquer la loi dans un sens différent : en sorte que l'on peut avoir et l'on a souvent en effet une foule de décisions contradictoires quoique rendues en vertu d'une même loi. »

Il suffit pour s'en convaincre d'ouvrir un Code annoté.

L'interprétation communément appelée judiciaire est la seule dont nous ayons à nous occuper. On désigne sous ce nom celle qui émane des tribunaux.

Les lois romaines abondaient en règles et en préceptes relatifs à l'art d'interpréter les lois, aux procédés qu'il convient d'employer dans cette opération si délicate, souvent si compliquée et qui demande, suivant les expressions d'un jurisconsulte éminent, « tant de discernement, de bon sens, de sagesse et d'expérience ». Notre législateur qui a posé, quant à l'interprétation des conventions, toute une série de règles sur lesquelles nous aurons à revenir, n'en a point donné en ce qui concerne l'interprétation des lois ; mais la doctrine a largement suppléé à cette lacune et il existe de nombreux traités sur cette matière (1). MM. Aubry et Rau font observer d'ailleurs que les règles posées dans les articles 1156 et suivants du Code civil sur l'interprétation des con-

(1) Voyez Zachariæ, introd., p. 129, *De l'art d'interpréter les lois*, où sont énumérés les principaux ouvrages tant français qu'étrangers sur l'art de l'interprétation.

ventions s'appliquent également à celles des lois qui sont l'expression de la volonté du législateur, comme les conventions sont l'expression de la volonté des parties contractantes. »

L'auteur des *Lois civiles* n'avait point dédaigné de faire ce que notre législateur n'a point fait. Dans le livre préliminaire de cet ouvrage où il est traité des règles du droit en général, on trouve sur l'usage et l'application de ces règles des pages que le jurisconsulte recommandait « de relire de temps en temps » et auxquelles il considérait comme « utile de revenir dans les occasions ». C'est là que l'on voit figurer en effet, exposés dans un ordre admirable, des préceptes dignes d'être offerts comme un sujet de méditation constante aux magistrats de tous les temps. Tout serait à reproduire dans le préambule de la section II du titre premier du Livre préliminaire qui se résume dans cette formule du premier paragraphe : « Toutes les règles (ce mot dans la terminologie du jurisconsulte est synonyme de loi), soit naturelles ou arbitraires, ont leur usage tel que donne à chacune la justice universelle qui en est l'esprit. Aussi l'application doit s'en faire par le discernement de ce que demande cet esprit qui dans les lois naturelles est l'équité (1), et, dans les lois arbitraires, l'intention du législateur. Et c'est aussi dans ce discernement que consiste principalement la science du droit. »

De là cette double conséquence que les lois naturelles sont mal interprétées lorsqu'on en tire des conséquences contre l'équité, et les lois arbitraires lorsque l'interprétation que l'on en donne contrarie l'intention du lé-

(1) « In summa æquitatem ante oculos habere debet judex », disait la loi romaine. L. I, § 1, D., *de eo quod certo loco.*

gislateur. Où trouverait-on sur ce que l'on appelle « *rigueur du droit* » par opposition à l'*équité* des considérations plus judicieuses que dans le passage suivant (1) : « Il ne faut pas prendre pour des injustices contraires à l'équité ou à l'intention du législateur les décisions qui paraissent avoir quelque dureté qu'on appelle *rigueur du droit*, lorsqu'il est évident que cette rigueur est essentielle à la loi d'où elle sort et qu'on ne pourrait apporter de tempérament à cette loi sans l'anéantir... Ainsi la rigueur qui annule tous les testaments où manquent les formes que les lois prescrivent est essentielle à ces mêmes lois, et ce serait les anéantir que d'y apporter un tempérament : *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est* (2). Mais si la dureté ou la rigueur de la loi n'est pas une suite essentielle de la loi et qui en soit inséparable, mais que la loi puisse avoir son effet par une interprétation qui modère cette rigueur et par quelque tempérament que demande l'équité qui est l'esprit de la loi, il faut alors préférer l'équité à cette rigueur que paraît demander la lettre et suivre plutôt l'esprit et l'intention de la loi que la manière étroite et dure de l'interpréter.

Il faut donc juger par la rigueur du droit si la loi ne souffre point de tempérament ou par le tempérament de l'équité si la loi le souffre. » Antérieurement d'ailleurs, au 12e chapitre du *Traité des lois*, le jurisconsulte avait posé les règles générales de l'interprétation soit grammaticale soit logique. Il avait dit notamment qu'il faut juger du sens et de l'esprit d'une loi par toute sa teneur, s'attacher plus au sens de la loi qu'à ce que les ter-

(1) *Lois civiles*, *loc. cit.*, p. 133.
(2) L. 22, § 1, D., *qui et a quibus*.

mes paraissent avoir de contraire ; suppléer au défaut d'expression par l'esprit de la loi. Il avait très nettement découvert et distingué ce que l'on a appelé depuis dans le langage de l'Ecole l'interprétation déclarative, extensive ou restrictive. Tout cela est devenu depuis quelque peu banal, comme les règles du *Discours sur la méthode*, mais tout cela n'en a pas moins une grande valeur scientifique et mérite d'être au moins signalé sinon approfondi.

Le jurisconsulte avait d'ailleurs acquis trop d'expérience sur son siège de magistrat pour ne pas avoir appris qu'il en est des préceptes, sans la pratique, comme des lois sans les mœurs; *quid vanæ prosunt*? Aussi terminait-il ses considérations sur l'usage et l'interprétation des lois par cette observation marquée, comme tant d'autres chez lui, au coin du plus rare bon sens : « On peut ajouter une dernière remarque et qui est une suite de toutes les autres, que toutes les différentes vues dont l'usage est si nécessaire pour l'application des lois demandent la connaissance de leurs principes et de leur détail ce qui renferme la lumière du bon sens avec l'étude et l'expérience. Car sans ce fonds on est en danger de faire de fausses applications des lois soit en les détournant à d'autres matières que celles où elles se rapportent, ou ne discernant pas les bornes que leur donnent les exceptions, ou donnant trop d'étendue à l'équité contre la rigueur du droit ou à cette rigueur contre l'équité, ou par le défaut des autres vues qui doivent régler l'usage du droit (1). »

Ces considérations ne sont pas exclusivement théori-

(1) *Traité des lois*, ch. 12, p. XXV, *in fine*.

ques : elles tendent à prémunir le juge contre une des causes d'erreur les plus fréquentes et par suite à mettre ses décisions à l'abri des éventualités d'un recours en cassation.

C'est en effet aujourd'hui une pratique constante de se pourvoir devant la Cour suprême pour fausse interprétation de la loi. Nous disons aujourd'hui, car il n'en a pas toujours été ainsi. Dans l'ancien droit, la fausse interprétation n'était pas admise comme moyen de cassation. On décidait en conséquence, au conseil des parties, que lorsqu'une loi était susceptible de deux ou plusieurs interprétations, les cours souveraines avaient la faculté d'adopter celle qui leur paraissait la plus raisonnable. Point n'est besoin de faire ressortir les inconvénients qui pouvaient résulter de cette pratique. Mais tout en paraissant la regretter, Henrion de Pansey reconnaissait que les idées avaient pris en cette matière, depuis la promulgation de nos Codes, une autre direction. D'après ce magistrat, on ne saurait dire que le juge a violé la loi lorsqu'il n'a jugé que dans la persuasion que l'interprétation par lui donnée est conforme au véritable sens de la loi, et le tribunal le plus intègre et le plus éclairé ne peut appliquer les actes législatifs que de la manière dont il les conçoit. Cependant le même auteur, lorsqu'il s'était attaché à découvrir la source des principales erreurs du juge, avait signalé celle qui consiste, en présence d'un texte de loi susceptible de deux interprétations, à s'arrêter à celle que réprouve la doctrine des arrêts et des jurisconsultes. La fausse interprétation constitue donc une erreur et une erreur juridique au premier chef. Pourquoi n'appartiendrait-il pas aux justiciables de la signaler à la Cour suprême, gardienne du

droit? Aussi un autre magistrat qui fut une des illustrations du Parquet de cette Cour, M. Delangle, a-t-il combattu l'opinion d'Henrion de Pansey et considéré comme tout à fait rationnelle et conforme à l'institution de la Cour de cassation la jurisprudence d'après laquelle la fausse interprétation de la loi offre une ouverture à cassation qui rentre jusqu'à un certain point dans la violation expresse.

« Que deviendrait, disait M. Delangle, notre législation s'il était permis à tous les tribunaux jugeant souverainement de donner à la loi, sans aucune espèce de contrôle, l'interprétation qui leur paraîtrait la plus raisonnable ? Dans ce déplorable conflit d'opinions et de systèmes contraires la jurisprudence deviendrait un chaos et nos codes perdraient leurs avantages les plus précieux, l'harmonie, la simplicité, l'uniformité. La Cour a donc eu raison d'abandonner les traditions de l'ancien conseil des parties et de vouloir que tous les tribunaux indistinctement évitent de porter atteinte à la pensée du législateur et de fausser le sens de la loi dans leurs interprétations juridiques. »

Tel est aussi le sentiment de Carré (1) qui arrive, comme M. Delangle, à cette conclusion que la Cour de cassation peut casser toute décision judiciaire en dernier ressort, tant pour fausse interprétation que pour fausse application de la loi.

Notons cependant que même en matière d'application des textes, aussi bien qu'en ce qui concerne l'appréciation des faits, la loi laisse quelquefois au juge un pouvoir souverain. Nous rencontrons en effet dans nos

(1) *Lois de la compétence*, t. 2, p. 154, 3e édit.

Codes telle disposition qui ressemble plutôt à un conseil qu'à une prescription proprement dite. Quoi que fasse le juge en pareil cas, le contrôle de la Cour de cassation ne saurait s'exercer sur sa décision et, comme le disait M. Delangle avec la haute compétence qui lui appartenait en ces matières, il peut faire un fâcheux usage du pouvoir dont la loi l'investit, mais il ne peut la violer : on ne viole pas une loi qui ne prescrit rien. Tel est par exemple le cas de l'article 645 du Code civil, où il est dit que s'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels les eaux peuvent être utiles, les tribunaux en prononçant doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect de la propriété. Pour opérer cette conciliation la loi s'en rapporte absolument aux lumières et à la conscience du magistrat.

De même en matière d'allocation ou de refus d'aliments la jurisprudence manifeste une tendance de plus en plus marquée à reconnaître aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire. C'est ce qui résulte notamment de deux arrêts de la Chambre des requêtes rendus l'un et l'autre à l'occasion de pourvois dirigés contre des arrêts de la Cour de Paris qui avaient prononcé en sens contraire sur une question identique, si tant est qu'il puisse se rencontrer en pareille matière deux situations de fait exactement semblables. Le premier arrêt de la Cour d'appel qui est du 18 janvier 1862 (1) décide que « les père et mère, quelle que soit leur position de fortune, ne peuvent être contraints de payer une pension alimentaire à leurs enfants majeurs, alors d'ailleurs qu'ils leur ont donné l'éducation nécessaire pour l'exercice d'une pro-

(1) D. P. 62, 2, 59.

fession utile ». Cette décision fut déférée à la Chambre des requêtes qui, par un arrêt du 7 juillet 1863 (1), rejeta le pourvoi dans les termes suivants :

« Attendu qu'il appartient aux juges saisis d'une demande en pension alimentaire d'apprécier la position du demandeur, l'étendue de ses besoins et l'origine de la gêne qu'il éprouve ou prétend éprouver; qu'il leur appartient également de juger si ceux auxquels les aliments sont demandés ont fait ce qu'ils devaient faire pour donner au demandeur les moyens de pourvoir lui-même à ses besoins. »

Par un autre arrêt du 11 juillet 1894, la Cour de Paris avait statué en sens contraire. Elle avait condamné un père de famille dans une position de fortune brillante à servir une pension alimentaire à son fils qui refusait de se livrer à aucun travail, et la Chambre des requêtes, par un arrêt du 9 décembre 1895, a également rejeté le pourvoi en déclarant que les juges du fond avaient souverainement apprécié les circonstances de la cause.

De même nous verrons plus loin dans le chapitre consacré à l'office du juge en matière de preuve que le magistrat jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour décider si les faits articulés sont ou non concluants et admissibles. C'est ainsi encore que les caractères du cas fortuit n'étant pas spécifiés par la loi, la détermination en est laissée à l'arbitrage souverain du juge, notamment dans le cas de l'article 1733 du Code civil (2).

Enfin, et pour ne pas multiplier outre mesure ces exemples, il est facultatif aux juges d'admettre ou de

(1) *Ibid.*, 63, 1, 400.
(2) Req., 11 fév. 1834, D. P. 34, 1, 112.

repousser l'inscription de faux sans que leur décision tombe sous le contrôle de la Cour de cassation.

« Considérant », dit un arrêt de la Chambre des requêtes du 7 juillet 1835 (1), « que de l'expression *s'il y échet* contenue dans l'article 214 du Code de procédure civile, il résulte que l'admission de la demande en faux incident civil est laissée dans le domaine des magistrats. »

Dans ces divers cas les juges prononcent souverainement; et, suivant les expressions mêmes de M. Delangle, ils peuvent abuser impunément de la faculté que la loi leur accorde.

Au surplus le juge doit toujours se souvenir, en interprétant les lois, de cette règle si sage que le premier projet du Code civil avait formulée dans le titre préliminaire : quand une loi est claire, il ne faut pas en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit. C'est au fond la même pensée qu'avait exprimée cette boutade si souvent rappelée de d'Argentré : *stulta sapientia quæ vult lege sapientior esse.* Cette règle, dit M. Laurent dans ses *Principes* (2), s'applique également à l'interprétation des conventions dont nous allons nous occuper dans la section suivante.

SECTION II. — **De l'interprétation des conventions.**

On dit communément que les contrats font la loi des parties ; c'est une façon vulgaire mais exacte de tra-

(1) D. P. 35, 1, 389.
(2) T. 2, p. 442.

duire ou d'énoncer le principe posé dans l'article 1134 du Code civil, où il est écrit que les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites, c'est-à-dire « qu'elles forment une règle à laquelle les parties sont tenues de se soumettre comme à la loi même (1) ». Mais les contrats, œuvre des particuliers, sont encore bien plus souvent que les lois, exposées à contenir des clauses obscures ou ambiguës dont le sens demande à être fixé par l'interprétation. Aussi le législateur qui est resté muet sur celle des lois proprement dites, a-t-il consacré à l'interprétation des conventions toute une série de dispositions qui font l'objet de la section 5 du titre 3 du livre III. Ces dispositions sont empruntées aux lois romaines où Domat et Pothier les ont trouvées et c'est de leurs ouvrages qu'elles ont passé dans nos lois. M. Demolombe n'a pas dédaigné de faire remarquer qu'il y en avait douze dans Pothier et qu'il n'y en a que neuf dans notre Code. Il nous sera permis de constater que l'on n'en compte pas moins de seize dans les *Lois civiles* (2). Mais l'important est bien moins de les compter que d'en user avec discernement.

Il faut d'abord poser en principe qu'il n'y a lieu à interprétation qu'autant qu'il y a obscurité dans les termes de la convention ou incertitude sur son véritable sens. Alors au contraire que ces termes ne laissent place à aucun doute, le devoir du juge est d'assurer l'exécution du contrat et le magistrat manquerait à son devoir et excéderait ses pouvoirs s'il modifiait ce contrat en se fondant sur une appréciation plus ou moins plausible

(1) Marcadé, sur l'article 1134.
(2) *Des conventions en général*, t. I, sect. 2, p. 17.

de l'intention ou de la volonté des parties. *Quod factum est, cum in obscuro est,* disait le jurisconsulte Paul *ex affectione cujusque capit interpretationem* (1). C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 1156 du Code civil dont la véritable portée a été fixée par avance dans la quatrième règle de Domat ainsi conçue : Si les termes d'une convention paraissent contraires à l'intention des contractants *d'ailleurs évidente* il faut suivre cette intention plutôt que les termes. *In conventionibus*, porte la loi 219, D., *de verborum significatione, voluntatem potius quam verba spectari placeat* et la loi 7 *in fine*, D., *de suppellectili legata*, disait avec plus d'élégance : *prior atque potentior est mens quam vox dicentis.*

Mais comment parvenir à connaître la véritable intention des parties ? L'article 1161 du Code civil indique le procédé qu'il convient d'employer : toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier. C'est l'application aux conventions de la règle célèbre posée par le jurisconsulte Celsus pour l'interprétation des lois et qui a été si souvent citée : « *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula proposita respondere vel judicare.* »

A cette règle se rattache celle de l'article 1164 du Code civil aux termes duquel, lorsque dans un contrat on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés ; et d'autre part l'article 1163 rappelle que quelque généraux que soient les termes dans lesquels une conven-

(1) L. 168, *de regulis juris.*

tion est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposé de contracter.

Lorsqu'il n'a pas été possible à l'aide des règles ci-dessus posées d'arriver à découvrir la véritable intention des parties, c'est alors le cas d'appliquer : 1° la cinquième règle de Domat devenue l'article 1158 du Code civil : « les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat » ; 2° la deuxième règle du même jurisconsulte qui se trouve reproduite dans l'article 1159 : « ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé » ; 3° enfin, la seconde règle d'interprétation donnée par le Code civil dans l'article 1157: « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

Si tous ces moyens sont insuffisants,lisons-nous dans Zachariæ (1), le doute qui s'élève sur le sens des contrats doit être résolu en faveur du débiteur et contre le créancier. C'est ce que porte l'article 1162 du Code civil dont le commentaire anticipé se trouve encore dans la sixième règle de Domat ainsi énoncée : « les obscurités et les incertitudes des clauses qui obligent s'interprètent en faveur de celui qui est obligé et il faut restreindre l'obligation au sens qui la diminue ; car celui qui s'oblige ne veut que le moins et l'autre a dû faire expliquer clairement ce qu'il prétendait (2). Mais si d'autres règles veu-

(1) T. IV, p. 329, § 347.

(2) « In stipulationibus cum quæritur quid actum sit verba contra stipulatorem interpretenda sunt. »

L. 38, § 18, D., *de verborum obligationibus.*

lent qu'on interprète contre celui qui est obligé,on étend l'obligation selon les circonstances. Et, en général, quand l'engagement est assez étendu on ne doit ni l'étendre ni le restreindre au préjudice de l'un pour favoriser l'autre.

On a beaucoup discuté sur le fondement juridique du principe consacré par le texte reproduit dans la note ci-dessus. Pourquoi, en effet, alors que les parties sont dans une situation égale devant la justice faire pencher la balance, suivant l'expression familière, du côté du promettant plutôt que du stipulant? Est-ce parce que la libération est favorable? Parce que le stipulant était le maître *re integra legem apertius dicendi*, et que c'est dès lors à lui que le doute est imputable? Ce sont bien là en effet les motifs indiqués par Domat et par les lois romaines ; mais les commentateurs les plus autorisés du Code civil, et notamment Marcadé (1) et Demolombe (2), ont fait remarquer que la règle de l'article 1162 appartenait bien moins à la matière de l'interprétation qu'à la théorie de la preuve et qu'elle n'était rien autre chose que l'application du principe de droit et de raison posé dans l'article 1315 et d'après lequel *actori incumbit probatio*. Les mots : *dans le doute* de notre article seraient donc l'équivalent de ces autres mots : *à défaut de preuve* ; de telle sorte que dans le doute sur l'extinction d'une obligation le juge devrait prononcer contre le débiteur et en faveur du créancier. C'est évidemment ce que Domat avait entrevu lorsqu'il disait : « mais si d'autres règles veulent qu'on interprète contre celui qui est obligé, on étend l'obligation selon les circonstances ».

(1) Sur l'article 1162.
(2) *Contrats*, t. 2, p. 24, n° 24 et suiv.

Ce ne sont pas d'autres règles. Ce sont au contraire les mêmes, celles de la preuve. Il est donc vrai de dire avec M. Demolombe que ce n'est pas toujours contre la même partie que le doute s'interprète dans une convention.

Les principales règles de l'interprétation ainsi rappelées et expliquées, quel va être le devoir du juge en présence d'une convention parfaitement claire et sur le sens de laquelle il n'existe plus aucun doute? La réponse est toute simple. Il devra en assurer l'exécution puisque nous savons que les conventions tiennent lieu de loi aux parties et qu'il est de l'essence de la loi d'être obéie. Mais supposons que le juge, au lieu d'assurer cette exécution, viole au contraire la loi du contrat soit par une fausse interprétation de ses termes, soit par la méconnaissance de l'intention des parties. Y aurait-il ouverture à cassation de sa sentence tout comme si l'on se trouvait en présence de la violation ou de la fausse interprétation d'une loi proprement dite? Dans l'origine, écrivait M. Delangle (1), on admettait sans difficulté que la violation de la foi due aux contrats pouvait servir de base à un pourvoi et l'on appuyait cette jurisprudence sur la loi 23 *de regulis juris* : « *contractus legem dedit* ». Les termes de l'article 1134 parurent apporter une consécration à cette jurisprudence qui était approuvée par Carré (2). Henrion de Pansey fut le premier à la combattre, mais son opinion ne prévalut définitivement qu'en 1808 (3) dans une affaire où, sur les conclusions

(1) *Encyclopédie du droit*, V° *Cassation*, p. 303.
(2) *Compétence*, t. 8, p. 142 et suiv. de la 2e édition.
(3) 2 avril 1808, Deville et Carré, II, 1, 481, *Journal du Palais*, 3e édition.

de Merlin, la Cour de cassation décida que l'interprétation des conventions était dans les attributions du juge du fond. En effet, continuait M. Delangle, à qui nous empruntons ces détails, lorsqu'un tribunal déroge ou paraît déroger à une convention, ce sont nécessairement les circonstances de la cause qui le déterminent à agir ainsi ; car l'exécution ou la révocation ou l'interprétation des conventions, tout cela est subordonné à la bonne foi ; et les considérations de bonne foi sont de pures questions de fait qui ne sont pas du ressort de la Cour de cassation.

Et cependant il suffit d'ouvrir un recueil de jurisprudence pour constater que la violation de l'article 1134 y figure comme un des moyens de cassation les plus fréquemment invoqués. Quels sont donc les principes qui déterminent aujourd'hui sur ce point les pouvoirs du juge et qui par conséquent lui tracent son devoir? Ces principes ont été maintes fois proclamés, mais rarement avec plus de netteté et de précision que dans les conclusions données par M. l'avocat général Paul Fabre devant la Chambre des requêtes à l'audience du 22 novembre 1865 (1).

« Pour qu'il puisse y avoir violation de l'article 1134, disait alors l'éminent magistrat, il faut que le juge après avoir déclaré que l'intention des parties était de faire telle convention, ajoute que néanmoins lui juge, par des raisons d'équité, croit devoir modifier la convention faite, parce qu'il trouve exagérés soit la peine stipulée, soit les avantages assurés à l'une des parties par le contrat. Alors il est vrai de dire que le juge met sa volonté à la

(1) Aff. de Laplace-Chauveau et Bourne c. Assada et Bourelly, D. P. 1866, 1, 108.

place de la volonté qu'il reconnaît avoir été celle des parties au moment du contrat et qu'il refait la convention. Mais le juge au contraire se borne-t-il à rechercher quelle a été la pensée des parties contractantes, si loin qu'il aille dans cette voie il ne sort pas du domaine de sa souveraineté. L'interprétation du contrat n'est jamais rendue nécessaire que par la nécessité de concilier les éléments contradictoires qui semblent à chacune des parties militer en faveur du sens qu'elle lui prête. »

Et la Chambre des requêtes, sous la présidence de Bonjean, sanctionnait cette théorie dans le considérant suivant : « Attendu qu'il ne peut y avoir violation de l'article 1134 qu'autant que le juge, après avoir constaté l'existence et le sens du contrat, croirait pouvoir en modifier sous un prétexte quelconque ce qu'il reconnaîtrait avoir été convenu entre les parties et non lorsqu'il se borne à fixer le sens de la convention par interprétation de l'intention des parties : que, si erronée qu'elle puisse être, une telle interprétation ne constitue qu'un mal jugé qui ne tombe pas sous la censure de la Cour de cassation.

Mais cette règle n'est pas absolue. Elle comporte une restriction que Demolombe énonce comme il suit : Ajoutons toutefois que la Cour de cassation ne tolérerait pas une interprétation qui s'écarterait certainement et évidemment du vrai sens des clauses de la convention et qui la dénaturerait sous prétexte de les interpréter. Ainsi les juges du fond dénaturent le contrat qui leur est soumis et leur décision encourt la censure de la Cour suprême lorsqu'ils ajoutent une clause à ce contrat dont les termes étaient clairs et précis.

C'est ce qui résulte notamment d'un récent arrêt de

la Chambre civile où nous lisons : « Mais attendu que l'acte du 24 juin 1884 ne contenait aucun abandon fait par les enfants Riché au profit de leur père ; qu'en y ajoutant une clause qui ne s'y trouve pas l'arrêt attaqué a outrepassé son droit d'interprétation, dénaturé un acte dont les termes étaient clairs et précis et par suite méconnu le caractère de la libéralité qu'il contenait (1). »

Ajoutons qu'il est de jurisprudence qu'on ne peut soutenir devant la Cour de cassation qu'une convention a été dénaturée par le juge du fond lorsque cette convention n'est pas représentée et que la Cour ne peut en apprécier le caractère et la portée juridique que d'après les constatations de l'arrêt attaqué. « Attendu, a dit la Chambre des requêtes, le 27 octobre 1886 (2), que la convention du 19 mars entre la Compagnie *la Confiance* et la Compagnie *la Clémentine* n'ayant pas été produite devant la Cour, on ne peut soutenir qu'elle a été dénaturée par l'arrêt attaqué et que c'est uniquement dans les constatations de cet arrêt qu'il faut en rechercher le caractère et la nature. »

Il suit de là que la Cour de cassation a un droit de contrôle sur la qualification donnée au contrat par le juge du fond et sur la détermination des caractères et des effets légaux de ce contrat.

C'est ce qui a été solennellement jugé par un arrêt de cassation rendu le 26 juillet 1823 sous la présidence du Garde des Sceaux :

« Attendu que la Cour de cassation a le droit d'apprécier le mérite des arrêts de Cours royales lorsqu'ils déterminent le caractère des conventions dans leurs rap-

(1) 18 décembre 1893, D. P. 94, 1, 263.
(2) D. P. 87, 1, 165.

ports avec les lois qui en assurent la validité; qu'il serait contraire au but de son institution qu'elle dût s'abstenir d'annuler ces arrêts lorsqu'ayant donné de fausses qualifications aux contrats et les ayant placés dans une classe à laquelle ils ne doivent pas appartenir, ils les auraient affranchis des règles spéciales auxquelles ils étaient soumis ou les auraient soumis à des règles qui ne pouvaient pas leur être appliquées. »

Cet arrêt, comme un certain nombre d'autres rendus dans le même sens, est intervenu en matière de transaction, contrat dont les caractères légaux ont été déterminés par l'article 2044 du Code civil. Mais la même règle s'appliquerait à la donation, à la substitution, à la novation dont la loi a aussi expressément désigné les caractères et les effets.

« En résumé », disait M. Delangle dans un passage que Demolombe lui a emprunté, « pour savoir si l'interprétation des actes, si la violation des contrats donnent ouverture à cassation, il faut distinguer si, d'après les faits constatés par l'arrêt, il y a une contravention à la loi : dans ce cas, mais dans ce cas seulement, le recours est ouvert : dans toute autre hypothèse il n'y a qu'un simple mal jugé. »

On voit que dans ce passage l'auteur a placé sur la même ligne l'interprétation des actes et la violation des contrats : c'est qu'en effet le juge n'est point seulement appelé à assurer l'exécution des contrats après en avoir fixé le sens ; il lui appartient encore de déterminer celui des actes qu'une rédaction maladroite a rendu obscur, quelquefois même à peu près inintelligible. C'est surtout en matière de testament que le cas se produit et que l'office du juge devient parfois délicat et diffi-

cile; nous en dirons quelques mots dans la suivante section.

SECTION III. — De l'interprétation des testaments.

La haute raison et l'expérience consommée du jurisconsulte des *Lois civiles* lui avaient encore suggéré ici quelques considérations dont les magistrats de tous les temps peuvent tirer profit et qui sont comme le thème et le fondement de tout ce qui a été écrit depuis sur cette matière.

« Il y a, disait-il notamment (1), cette différence entre les conventions et les testaments pour ce qui regarde la manière de les interpréter que dans les conventions il faut différemment considérer ou la volonté commune de ceux qui traitent ensemble ou la volonté seule de l'un des deux sans égard à celle de l'autre; mais dans les testaments où le testateur explique seul sa volonté c'est toujours cette volonté seule qui est l'unique règle. *Testamentum*, disait la loi 1, D., *de his qui testamentum facere possunt*, *est voluntatis nostræ justa sententia.*

Mais pour arriver à la découverte et à l'intelligence de cette volonté, le juge rencontre des obstacles ou des difficultés de deux natures différentes : les unes naissant de « quelque obscurité, de quelque ambiguïté ou de quelque défaut d'expression » ; les autres qui « peuvent naître d'ailleurs que d'un vice d'expression et qui obligent à découvrir l'intention du testateur par d'autres voies que par la connaissance du sens des paroles ».

(1) *Lois civiles*, liv. III, tit. 3, sect. 6.

Il serait difficile et peut-être superflu de passer en revue et d'analyser les différentes règles que donne le jurisconsulte dans chacune des deux sections qu'il a consacrées à l'une et l'autre des interprétations réclamées soit par suite de l'obscurité ou de l'ambiguïté des expressions testamentaires, soit par suite de causes pour ainsi dire extrinsèques (1). Mais ce qui rentre absolument dans notre sujet, c'est de rappeler avec quelle autorité Domat proclame ici le devoir du juge dans l'une et l'autre hypothèses. Voici comment il le résume en ce qui concerne la première après avoir indiqué les diverses vues pour connaître l'intention du testateur :

« Mais les égards à toutes ces vues n'ont usage que sous deux autres générales qui doivent être les premières en toute interprétation : l'une de ne pas exposer une expression claire à des interprétations contraires au sens naturel, et l'autre de ne pas préférer aux présomptions raisonnables de l'intention du testateur un sens opposé, sous prétexte de s'attacher servilement au sens littéral d'une expression que la suite du testament ou les circonstances obligeraient d'entendre autrement pour l'accorder avec cette expression. Ainsi, en général, c'est de la prudence du juge qu'il dépend de connaître si une expression doit être prise précisément au sens de la lettre ou s'il est nécessaire ou de l'équité de l'interpréter. Et il doit discerner l'usage des règles qui doivent en faire l'interprétation. Et en général il est du devoir du juge

(1) La loi 16, 19, D., *de condit. et demonst.*, avait déjà établi cette distinction mais dans un but différent : « In his quæ extra testamentum occurrunt possunt res ex æquo et bono interpretationem capere. In vero quæ ex ipso testamento oriuntur, necesse est secundum scripti juris rationem expediri. »

et de sa prudence d'user en chaque cas des règles qui doivent y mieux convenir. »

Mais ici encore, et de même qu'en matière de contrats, le pouvoir du juge n'est pas souverain et il subit les mêmes restrictions, soit en ce qui concerne son étendue (1), soit à l'égard de certaines dispositions testamentaires dont la loi détermine les caractères constitutifs : nous voulons parler des substitutions.

La question de savoir, dit Zachariæ, si telle disposition présente soit explicitement et d'après ses termes, soit implicitement et dans ses résultats les caractères ou éléments constitutifs d'une substitution est de sa nature une question de droit et non une simple question de fait. Le juge qui maintiendrait une disposition réunissant en réalité tous les caractères constitutifs d'une substitution ou qui annulerait, comme renfermant une substitution, une disposition dépourvue de ces caractères, violerait l'article 896 ou ferait de cet article une fausse application qui impliquerait violation d'autres articles. Mais le même auteur (2) et M. Demolombe (3) avec lui font observer que si la question portait non pas sur le caractère juridique de la clause mais bien sur l'appréciation en fait de l'existence même de cette clause, il ne s'agirait plus, dès lors, que d'une interprétation de volonté qui échapperait au contrôle de la Cour de cassation.

« Attendu, dit un arrêt (4) de la Chambre des requê-

(1) La règle *voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est*, doit donc être entendue avec quelque restriction.

(2) T. VII, p. 321, § 694.

(3) T. XVIII, *Donations entre vifs*, p. 193, n° 171.

(4) D. P. 75, 1, 486.

tes du 3 février 1875, que l'arrêt attaqué après avoir recherché l'intention du donateur et examiné le texte de la clause, la nature de la stipulation, la consistance de l'usufruit, la réciprocité de la donation, l'état de fortune des futurs époux, a décidé que cette disposition devait être interprétée en ce sens que l'époux donateur n'avait voulu qu'instituer contractuellement l'époux survivant en créant à son profit un droit successif ; que cette interprétation est souveraine et n'est point soumise au contrôle de la Cour de cassation. »

Et dans un autre arrêt de la même Chambre du 26 avril de la même année (1), nous trouvons une règle depuis longtemps posée par la doctrine et qui trace au juge son devoir lorsqu'il a le choix entre deux interprétations dont l'une ferait résulter de la disposition attaquée la charge absolue de conserver et de rendre, tandis que l'autre y trouverait seulement l'obligation de rendre *id quod supererit*: s'il y a doute c'est assurément cette dernière interprétation qui devrait être adoptée. « Attendu, porte l'arrêt, que si les expressions employées par la testatrice présentaient quelque ambiguïté, ce doute devrait être résolu en faveur de la validité du testament. »

Mais encore faut-il qu'il y ait doute et doute légitime ; et surtout, ajoute M. Demolombe, ne nous arrêtons pas aux mots et aux tournures plus ou moins habiles ou captieuses, dont les disposants peuvent se servir ! Il faut aller au fond des choses et apprécier le caractère réel et sincère de la disposition attaquée.

Enfin, c'est le cas de rappeler ici une dernière règle que nous avons précédemment posée en étudiant celles qui

(1) D. P. 75, 1, 485. Voyez dans le même sens 16 mars 1875, D. P. 75, 1, 483 où se trouve une très intéressante consultation de Valette.

sont relatives à l'interprétation des conventions, à savoir que, sous prétexte d'interprétation, le juge ne doit jamais dénaturer une disposition testamentaire. Sans doute c'est avec raison que le texte cité plus haut a pu dire : *voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est fideicommissa*, mais cette latitude laissée à l'appréciation du juge n'est pas tellement étendue qu'elle puisse aller jusqu'à lui permettre de méconnaître la volonté du testateur, *semper vestigia voluntatis sequimur testatorum* porte la loi 5 au Code, *de necess. serv. hered.* C'est donc cette volonté qu'il faut suivre pour ainsi dire à la trace, quelquefois à travers le labyrinthe d'une œuvre testamentaire fort compliquée, et, à cet égard, la jurisprudence fournit au juge les fils conducteurs dont il peut et doit faire usage.

Il peut, pour interpréter le testament, recourir tant aux éléments extérieurs qu'aux énonciations mêmes de l'acte, mais il ne doit en général rechercher la volonté du testateur que dans les énonciations de l'écrit testamentaire, *in propriis verbis testamenti, non extrinsecus.* Si le sens de ces dispositions est clair il n'est pas permis aux tribunaux d'en modifier l'application par des considérations empruntées à des documents extrinsèques. Mais si, au contraire, certaines clauses sont obscures ou ambiguës, les juges peuvent puiser dans les actes extérieurs, dans des circonstances étrangères à l'écrit lui-même, des indications de nature à les éclairer sur les véritables intentions du disposant (Jurisprudence constante. Voyez notamment Req., 7 juillet 1869, D. P. 72, 1, 76 et 12 novembre 1872, D. P. 73, 1, 104 et les annotations).

En résumé les rédacteurs du Code ont laissé avec très juste raison, ici comme en bien d'autres matières, la

plus grande latitude à l'initiative et à la souveraineté du juge et c'est la force même des choses qui le voulait ainsi.

« S'il est en effet, dit très justement M. Demolombe (1), une matière essentiellement rebelle à la discipline législative, c'est bien l'interprétation des volontés testamentaires dans l'infinie variété de leurs espèces et avec toutes ces nuances si diverses, si mobiles et pour ainsi dire ondoyantes qu'elles revêtent incessamment. » Au surplus, la doctrine tout entière reconnaît que les règles sur l'interprétation des conventions contenues dans les articles 1156 à 1164 du Code civil sont applicables par analogie à l'interprétation des testaments et la règle fondamentale ou supérieure est ici, comme dans les contrats, celle de l'article 1156.

Que si, pour mieux pénétrer la véritable pensée du testateur, il était nécessaire d'établir des faits contestés, il n'est pas douteux que le juge pourrait ordonner la preuve de ces faits même par témoins. La plupart des auteurs citent ou visent sur ce point un ancien arrêt de la Cour de cassation dont les termes paraissent contrarier cette doctrine (2) ; mais les savants annotateurs de Zachariæ, MM. Aubry et Rau (3), ont montré qu'il n'en était rien, parce que, disent-ils, dans l'espèce où cet arrêt a statué il ne s'agissait point de constater des faits propres à éclairer le sens de dispositions contenues au testament, mais de prouver directement que le testateur avait eu l'intention de faire telles ou telles dispositions.

(1) *Donations entre vifs*, t. IV, n. 738, p. 664.
(2) Civ. cass., 28 octobre 1818, S. 19, 1, 61.
(3) Aubry et Rau, t. VII, p. 460, § 712, note 6.

En rapportant cet arrêt, Merlin (1) avait déjà fait observer que la solution aurait dû être différente s'il se fût agi de prouver que dans le testament était sous-entendue une disposition faite au profit d'un incapable, soit d'interpréter le testament par des circonstances extrinsèques à son contenu.

« Nous convenons, dit ici M. Demolombe, que la distinction est parfois délicate entre ce qui constitue la substance de la disposition testamentaire de ce qui n'en est qu'une interprétation ou une explication. Mais cette difficulté n'est qu'un des multiples aspects d'une question beaucoup plus étendue et complexe, celle de l'admissibilité de la preuve. Ces expressions reviennent constamment dans le langage de la pratique judiciaire parce qu'elles répondent à des nécessités presque quotidiennes. Aussi le législateur du Code, qui s'est montré plus sobre encore que celui des Instituts en ce qui touche d'une façon générale l'office du juge, a-t-il au contraire multiplié les prescriptions ou tout au moins les indications en ce qui concerne le mode d'emploi des preuves par le magistrat. Et cette préoccupation se comprend aisément. Le juge n'ayant pas le don de divination ni les plaideurs le privilège d'une loyauté et d'une sincérité à toute épreuve, il a bien fallu pourvoir au défaut de délicatesse ou de mémoire (2) de ceux-ci et suppléer par des procédés légaux à l'insuffisance des lumières dont le magistrat a besoin pour accomplir son œuvre en pleine sécurité de conscience.

(1) *Rép.*, V° *Testament*, sect. 2, § 1, art. 11.

(2) Parchemins inventés pour faire souvenir ou pour convaincre les hommes de leur parole : honte de l'humanité. La Bruyère, *Caractères. De l'homme*, p. 401.

C'est ce qu'ont fait toutes les législations et c'est ainsi que nous allons rencontrer dans la nôtre, sur l'office du juge en matière de preuve, de nombreuses dispositions dont l'étude fera l'objet du chapitre suivant qui sera l'un des plus importants de ce travail.

CHAPITRE II

DE L'OFFICE DU JUGE EN MATIÈRE DE PREUVE.

La mission ou le devoir du juge peut se résumer ainsi : arriver à la justice par la recherche de la vérité. Or pour le juge comme pour tous, il y a deux sortes de vérités ou, pour parler plus exactement, des vérités de deux sortes. Il y a d'abord les vérités de l'ordre scientifique dont la connaissance s'acquiert par l'étude et la réflexion, et puis, les vérités de fait, c'est-à-dire, suivant l'expression de Domat (1) que nous demandons la permission de citer encore, « de ce qui a été fait, de ce qui est arrivé, comme par exemple... qu'un testamen est faux, que dans un incendie une chose qu'on en avait tirée a été mise entre les mains d'un voisin qui nie le dépôt, qu'un possesseur d'un fonds en a joui pendant dix ou vingt ou trente ans, et une infinité d'autres de plusieurs natures. »

On appelle preuves en justice, d'après le même jurisconsulte, les manières réglées par les lois pour découvrir et pour établir avec certitude la vérité d'un fait contesté (2). Le mot preuve dans son acception générale, dit M. Demolombe (3), signifie la démonstration de la vérité d'un fait. Juridiquement c'est la démonstration de la vérité d'un fait qui est affirmé, dans une

(1) Liv. III, tit. IV, Préambule, p. 209.
(2) *Ibid.*, p. 211.
(3) *Contrats*, t. VI, p. 181, n° 182.

instance, par l'une des parties et qui est nié par l'autre. Nous sommes donc ici essentiellement sur le terrain du fait, et ce que le juge va rechercher c'est la vérité des faits, ainsi qu'en témoigne d'ailleurs le 2e alinéa de l'article 1315 du Code civil. Il ne s'agit nullement de la vérité du droit, de la vérité scientifique. Celle-ci ne saurait faire l'objet de la preuve judiciaire, elle est le résultat de l'interprétation doctrinale. La loi, dit encore le jurisconsulte que nous citions tout à l'heure, on ne la prouve pas, on la produit, et si elle est obscure; on l'interprète, on la complète. C'est la partie scientifique de la mission du juge et nous venons de nous en occuper dans les premiers chapitres de ce travail. L'esprit si profondément philosophique de Domat avait très nettement discerné et établi cette différence entre les vérités scientifiques et les vérités de fait; le jurisconsulte s'en était expliqué dans les termes suivants :

« Il y a cela de commun à toutes les différentes sortes de vérités, que la vérité n'est autre chose que ce qui est, et connaître une vérité c'est simplement connaître si une chose est ou n'est pas, si elle est telle qu'on dit ou si elle est différente. Mais les preuves qui conduisent à la connaissance des vérités dans les faits sont bien différentes de celles qui établissent les vérités qu'on enseigne dans les sciences. Car, dans les sciences toutes les vérités qu'on peut y connaître ont leur nature fixe et immuable et sont toujours les mêmes nécessairement et indépendamment du fait des hommes et de toute sorte de changement. Ainsi les preuves de ces vérités se tirent de leur nature même et on les connaît ou par leur propre évidence si ce sont des premiers principes et des vérités claires par elles-mêmes, ou si elles

dépendent d'autres vérités leurs preuves consistent dans l'enchaînement qui les lie entre elles et qui les fait connaître les unes par les autres selon qu'elles sont des suites nécessaires les unes des autres. Mais dans les faits qui pouvaient arriver ou n'arriver point comme dépendant de causes dont les effets sont incertains, ce n'est pas par des principes sûrs et immuables d'où dépendît ce qui est arrivé qu'on peut les connaître ; mais il faut venir à des preuves d'une autre nature, et c'est par d'autres voies qu'il faut découvrir cette sorte de vérité. »

« On peut remarquer », continuait le même auteur, « dans toutes les espèces de preuves de faits en général qu'encore qu'elles soient différentes de celles qu'on peut avoir d'une vérité dans une science, il y a toujours cela de commun à toutes les espèces de preuves en général que leur force consiste dans la conséquence certaine qu'on peut tirer de quelque vérité comme pour en conclure celle dont on cherche la preuve ; soit qu'on tire une conséquence d'une cause à son effet ou d'un effet à sa cause ou de la connexité d'une chose à une autre (1). »

Ce fondement philosophique de la preuve ainsi exposé nous entrons dans l'examen de notre question : quel est l'usage que devra faire le juge des différents modes de preuve mis à sa disposition par la loi ? Le Code civil en énumère cinq (2) dans l'article 1316 ; il

(1) *Lois civiles*, liv. III, tit. VI, préambule.

(2) Or il y a cinq espèces de preuves, sçavoir : la preuve qui se fait par témoins ; la seconde celle qui se fait par pièces ou titres ; la troisième qui se fait par serment ; la quatrième par la confession, et la cinquième et dernière par la vue et aspect de la chose. Et ces cinq sortes de preuves sont comprises dans ce vers :

Vox, scriptura, sacrum nomen, confessio, visus.

D'Espeïsses, t. 2, p. 542, tit. X, *Des preuves*, sect. I.

faut y ajouter, d'après le Code de procédure civile, les visites des lieux et les expertises. Mais avant de montrer quel sera l'office du juge selon qu'il devra recourir à tel ou tel de ces modes de preuve, il importe, croyons-nous, de rappeler trois règles générales qui s'appliquent à leur ensemble, les dominent tous et constituent dans notre législation un des principes fondamentaux de l'office du juge.

La première de ces règles est que les modes de preuve admis en matière civile sont limitatifs ;

La seconde qu'ils ne peuvent être admis que dans les cas et sous les conditions déterminés par la loi ;

La troisième enfin que le juge ne doit s'arrêter qu'aux faits articulés par les parties et ne les tenir pour avérés qu'autant qu'ils ont été régulièrement prouvés.

C'est là le sens du vieil adage : *Secundum allegata et probata judex judicare debet.* « Cette maxime, dit M. Demolombe (1), exprime très exactement le caractère de la mission du juge en matière civile et la double condition sous laquelle il peut prononcer. Son rôle est circonscrit à la fois et par les conclusions des parties qui lui signalent les faits sur lesquels il doit exclusivement statuer et par les prescriptions de la loi qui lui indique le mode de preuve d'après lequel il doit former sa conviction suivant la contestation qui lui est soumise. »

Ainsi il est de doctrine unanime et de jurisprudence constante que le juge n'est point autorisé à tenir et déclarer un fait comme avéré par cela seul qu'il en aurait acquis personnellement une connaissance certaine ou que ce fait serait de notoriété publique (2).

(1) *Contrats*, t. V, p. 194.
(2) Voyez cependant Larombière, *Traité d'obligations*, t. 5, art. 1316, n° 9.

Notons encore comme un principe essentiel que les preuves doivent être administrées contradictoirement, c'est-à-dire en présence de la partie contre laquelle on les invoque et dans l'instance même où on les met en jeu. Ainsi, dit Zachariæ (1), un tribunal civil ne peut puiser la preuve d'un fait contesté, dans une enquête qui a eu lieu devant un tribunal de justice répressive. Ainsi encore, la preuve résultant d'une enquête ne peut être opposée à celui qui n'y a pas été appelé et qui n'y a pas assisté, quoique d'ailleurs il fût partie dans l'instance. Et cette règle, disent MM. Aubry et Rau, s'applique non seulement à la preuve testimoniale, mais à celle que l'on offrirait de faire tant par titres que par témoins.

Ces règles générales et communes à tous les modes de preuves ainsi rappelées ou expliquées, abordons la série des différentes sortes de preuves, c'est-à-dire des divers moyens qui peuvent être mis en usage pour déterminer la conviction du juge. Considérée à ce point de vue, la preuve est directe ou indirecte.

La preuve directe, d'après Zachariæ (2), est celle qui tend à établir le fait contesté entre les parties à l'aide de moyens de conviction empruntés immédiatement à l'expérience et s'appliquant précisément à ce fait.

La preuve indirecte, au contraire, est celle qui ne tend à établir le fait contesté qu'à l'aide d'inductions ou de conséquences tirées d'autres faits connus. Ces inductions constituent ce que l'on appelle des présomptions de fait ou de l'homme (art. 1349, C. civ.).

On considère généralement comme moyens de preuve directe : les actes (*instrumenta*), les témoignages, les

(1) T. VIII, p. 161, § 749.
(2) T. VIII, p. 159, § 749.

visites des lieux et certaines expertises. La preuve directe est toujours admise quelle que soit la nature de la contestation, mais il n'est pas toujours loisible aux parties de choisir et par suite au juge d'ordonner tel ou tel mode de preuve indistinctement. La preuve indirecte n'est admise au contraire que dans les circonstances indiquées par la loi (art. 1353, C. civ.). Nous nous occuperons successivement de l'office du juge dans la preuve directe, dans la preuve indirecte et dans la preuve complémentaire, d'après l'ordre même du Code civil.

SECTION I. — **De la preuve directe.**

§ 1. — **Preuve littérale.**

Quel sera donc le rôle du juge lorsqu'il se trouvera en présence d'un écrit destiné à constater un fait juridique, c'est-à-dire en présence d'un acte authentique ou sous seing privé ou bien encore d'écritures privées qui n'ont pas le caractère proprement dit de titres ou d'actes? Et d'abord en présence d'un acte authentique.

A. *Acte authentique.* — L'article 1319 du Code civil dispose qu'il fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause. Néanmoins, ajoute cet article, en cas de plainte en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation ; et en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte.

Ici se présentent plusieurs questions qui intéressent l'office du juge. En premier lieu, la voie de l'inscription de faux est-elle la seule ouverte à la partie qui entend démontrer la fausseté d'un fait constaté par un acte authentique et qui est de la nature de ceux dont les actes revêtus de ce caractère font foi jusqu'à inscription de faux ?

La Cour de cassation a depuis longtemps jugé l'affirmative par un arrêt de la Chambre civile du 2 juin 1834 (1) qui pose avec une grande fermeté des principes intéressant au plus haut degré la mission du juge en cette matière :

« Attendu que l'inscription en faux soit principal soit incident est le seul moyen légal qui puisse retirer à un acte authentique la foi qui, sans le remède de cette inscription, lui serait irrésistiblement acquise ; avec cette différence que dans l'inscription de faux incident le procès est fait à la pièce seule sans aucunement inculper la personne ; — qu'ainsi la permission de prouver le faux dont un tel acte peut être infecté ne saurait sans une sorte de déni de justice être refusée à la partie contre laquelle on veut s'en prévaloir; que vainement l'arrêt attaqué a distingué entre l'allégation du faux résultant d'une altération purement matérielle et celle du faux résultant d'une altération intentionnelle et frauduleuse de la vérité dans l'acte argué de faux, parce que dans l'un comme dans l'autre cas la foi à l'acte est également ébranlée et que la loi n'ouvre pas d'autre voie légale que l'inscription de faux pour faire réparer le préjudice causé par cette altération. »

(1) D. P. 34, 1, 260.

Le juge devrait donc se refuser soit à procéder à un interrogatoire sur faits et articles, soit à accueillir la délation d'un serment décisoire, soit à entendre des témoins par voie d'enquête ordinaire pour permettre de combattre des faits constatés par un acte authentique et dont cet acte fait foi jusqu'à inscription de faux préalable.

En second lieu la jurisprudence de la Cour de cassation admet toutefois que le juge pourrait, sans inscription de faux préalable, déclarer faux et rejeter comme tel un acte en apparence authentique, mais dont la contexture, la forme et l'ensemble présenteraient des vices matériels tellement palpables qu'un simple coup d'œil suffirait pour se convaincre de la fausseté ou de l'altération de l'acte (1).

Au cas d'inscription de faux faite incidemment, nous avons vu que l'article 1319, 2e alinéa, donnait aux tribunaux la faculté de suspendre provisoirement, suivant les circonstances, l'exécution de l'acte, parce qu'il n'y a pas dans cette hypothèse, comme en matière criminelle, un point précis de la procédure où la présomption de faux prend un caractère suffisant de vraisemblance et de gravité. Il va sans dire d'ailleurs que, dans le cas de faux incident, la suspension étant facultative, les juges sont souverains appréciateurs des circonstances qui doivent déterminer le sursis.

B. *Acte sous seing privé.* — A la procédure du faux incident civil, seule admissible, comme nous venons de le voir, lorsqu'il s'agit de combattre un fait constaté par acte authentique, correspond, lorsqu'il s'agit d'une con-

(1) Voy. Zach., t. VIII, p. 211, § 755, note 57 et Demolombe, *Contrats*, t. V, p. 255.

testation relative à un acte sous seing privé, la procédure en vérification d'écritures. Cette procédure se limite aux seuls actes sous seing privé, mais il ne faut pas perdre de vue que la procédure de faux est commune à la fois aux deux sortes d'actes (Voir art. 214, C. pr. civ., qui débute ainsi : « celui qui prétend qu'une *pièce* signifiée,... etc. »).

Dans le cas, porte l'article 1234 du Code civil, où la partie désavoue son écriture ou sa signature et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée par justice.

Sous l'empire de notre ancienne jurisprudence et d'après l'Edit de décembre 1684, le porteur d'un acte sous seing privé ne pouvait obtenir de condamnation qu'il n'eût préalablement formé une demande en reconnaissance d'écriture, mais aucun texte de notre droit nouveau n'a reproduit la disposition de cet édit qui se trouve dès lors abrogé par la loi du 25 ventôse an XI. Au cas de dénégation formelle ou de simple méconnaissance de l'écriture ou de la signature d'un acte sous seing privé le juge est tenu préalablement à toute condamnation de statuer sur la sincérité de l'acte ; « c'est en effet, dit très justement Demolombe, la sincérité reconnue de l'écriture et de la signature qui seule peut faire la force probante de l'acte sous seing privé (1) ».

On a discuté, mais on ne discute plus la question de savoir si les juges sont *dans tous les cas* tenus d'ordonner la vérification de l'écriture ou de la signature suivant les formes déterminées à cet effet par le Code de procédure ou s'ils peuvent, suivant les circonstances, sans

(1) *Contrats*, t. VI, p. 317.

ordonner aucune autre mesure d'instruction, admettre ou refuser à l'acte le caractère de sincérité.

MM. Aubry et Rau (1) enseignent avec M. Demolombe et la plupart des auteurs que l'article 1324 n'est pas rédigé en termes assez impératifs pour que l'on puisse y voir une dérogation à la règle que le juge est expert de droit. La jurisprudence est constante dans le même sens. Ajoutons que la simple déclaration de non-reconnaissance d'une signature n'équivaut pas à une dénégation formelle et n'oblige pas le juge lorsque cette déclaration émane de la personne même à laquelle la signature est attribuée à statuer expressément sur la sincérité de l'acte.

Au point de vue de la procédure, la vérification d'écriture peut se faire tant par titres que par experts et par témoins (art. 135, C. pr. civ.). Ces trois modes sont susceptibles d'être ordonnés cumulativement par le juge qui a également le droit de se déterminer par un seul de ces moyens.

Si les parties ne s'accordent pas sur les pièces de comparaison, l'article 200 du même Code indique celles qu'il ne pourra recevoir que comme telles.

C. *Écritures privées.* — Nous devons maintenant dire quelques mots des écritures privées qui n'ont point le caractère de titres ou d'actes et plus particulièrement des livres de commerce et des registres ou papiers domestiques.

a) Livres de commerce. — L'article 1329 nous dit que les registres des marchands ne font point contre les personnes non marchandes preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

(1) T. VIII, p. 247, § 756, note 94.

De quel serment s'agit-il dans cette réserve ? Tous les auteurs sont aujourd'hui d'accord qu'il s'agit là du serment supplétoire et MM. Aubry et Rau en donnent avec leur précision habituelle la véritable raison. La réserve qui se trouve à la fin de l'article 1329, disent-ils, serait complètement sans objet si on devait l'entendre du serment litisdécisoire puisque ce serment peut être déféré même en l'absence de tout commencement de preuve. Pour donner un sens à cette réserve il faut admettre que les rédacteurs du Code ont entendu consacrer l'ancienne jurisprudence qui, dans les cas prévus par l'article 1329, accordait au juge le droit de déférer un serment supplétif.

C'est d'ailleurs dans ce cas particulier comme dans tous les autres une simple faculté pour le juge de déférer le serment supplétoire, faculté dont il est libre de ne pas user. Mais, s'il en use, à qui devra-t-il déférer le serment ? D'après M. Bonnier (1), les meilleurs auteurs ont toujours reconnu que c'est au défendeur, c'est-à-dire à la partie non marchande que le serment doit être déféré de préférence. Mais la question reste débattue aujourd'hui comme elle l'était dans l'ancien droit, et il ne nous paraît pas douteux toutefois qu'il n'appartienne au juge de déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties suivant les circonstances.

De ce que le juge est autorisé, dans le cas de l'article 1329, à déférer le serment supplétif, faut-il en conclure qu'il est également autorisé à admettre dans le même cas la preuve testimoniale ? Toullier et Zachariæ l'avaient pensé mais les savants commentateurs de ce dernier et avec eux les jurisconsultes les plus autorisés

(1) *Traité des preuves*, n° 780.

ont fait prévaloir l'opinion contraire en se fondant, 1° sur le texte de l'article 1347 qui définit le commencement de preuve par écrit ; 2° sur le caractère exceptionnel de l'article 1329 et 3° enfin sur la portée restrictive que lui ont certainement attribuée les paroles de Joubert lorsqu'il a dit : « Ces registres ne peuvent tout au plus servir qu'à déterminer le juge à déférer le serment. »

b) *Registres et papiers domestiques.* — A l'inverse des livres des commerçants, les registres et papiers domestiques ne forment pas même un commencement de preuve susceptible d'autoriser la délation du serment décisoire, mais le juge peut les consulter à titre de renseignements et y puiser des présomptions. Toutefois il ne pourrait pas ordonner la représentation de ces livres, à moins qu'il ne s'agît de registres communs aux deux parties, par exemple au gérant et au maître. C'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes dans un arrêt du 26 février 1879, D. P. 80, 2, 90. Enfin la Chambre des requêtes a décidé que bien que les registres et papiers domestiques ne fassent pas foi pour celui qui les a tenus, ils peuvent cependant être invoqués en sa faveur pour compléter une preuve qui résulte déjà d'autres documents et notamment de la comparution des parties et d'une enquête dont la validité n'est pas contestée (Req., 31 mai 1881, D. P. 82, 1, 58).

c) *Lettres missives.* — Nous ne saurions terminer cette étude rapide sur la preuve écrite sans dire au moins un mot des lettres missives qui jouent un rôle si actif dans la pratique judiciaire et dont il est à peine question dans le Code civil. A notre connaissance le mot « lettre » ne s'y trouve employé qu'une fois et c'est dans l'article 1985 au titre du mandat. Il est néanmoins cons-

tant que les lettres missives peuvent faire preuve même en matière civile, soit de l'obligation soit de la libération. En l'absence d'une disposition législative, il appartient donc aux magistrats d'apprécier le degré de force probante des correspondances dont on excipe devant eux (1). Mais des lettres missives adressées à de tierces personnes ne peuvent être produites en justice qu'avec le consentement de ces personnes ; et quand elles ont un caractère confidentiel, elles doivent être rejetées du débat, même si les destinataires consentaient à leur production (2). Il appartient au juge, et c'est ici sa mission, d'apprécier en fait le caractère de la lettre et si ce caractère est ou non confidentiel. Au surplus quand doit-on considérer qu'elles ont ce caractère ?

Par plusieurs de ses anciens arrêts la Cour de cassation avait posé comme principe absolu qu'il faut toujours considérer les lettres adressées à des tiers comme confidentielles à l'égard de celui qui les détient ; mais la jurisprudence, dit une note insérée au répertoire périodique de Dalloz sous un récent arrêt de la Cour de Rennes (3), n'a pas tardé à abandonner cette doctrine. En définitive il n'est pas facile de déterminer *a priori* à quels signes se reconnaîtra le caractère confidentiel d'une lettre : il y a là une question de fait et d'appréciation. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'une lettre est confidentielle quand il apparaît de ses termes qu'elle est la traduction de pensées confiées par l'auteur à la discrétion du destinataire.

« Considérant, dit l'arrêt de la Cour de Rennes, que

(1) Zachariæ, t. VIII, p. 293, § 760 *ter*.

(2) Demolombe, *loc. sup. cit.* et les autorités citées, p. 579.

(3) Rennes, 24 février 1894, D. P. 94, 2, 295. *Adde* Civ. rej., 19 juin 1895 (D. P. 96, 1, 20).

pour décider si une lettre missive est ou non confidentielle, il faut rechercher si ce caractère ressort de ses termes, de l'intention de son auteur, du but qu'il s'est proposé et aussi de la qualité du destinataire. »

Du reste, fait observer très justement Zachariæ, quelle que soit la décision du juge sur l'admission ou le rejet des lettres confidentielles, cette décision est souveraine et ne peut donner ouverture à cassation.

C'en est assez sur l'office du juge en matière de preuve écrite ; le moment est venu d'aborder la preuve vocale ou testimoniale, celle qui, suivant la définition de Pothier, se fait par la déposition des témoins.

§ 2. — Preuve testimoniale.

La mission ou l'office du juge se présente ici sous un double aspect. Est-il obligé d'admettre en preuve toutes sortes de faits indistinctement ? A quelles conditions tiendra-t-il que le fait dont la preuve a été admise se trouve réellement établi ?

Sur le premier point, il est incontestable que le juge n'est point asservi au caprice ou à l'inexpérience des parties et qu'il n'est nullement obligé de vérifier tous les faits dont elles demandent à faire la preuve. Il conserve ici, comme partout, son droit d'appréciation et son libre arbitre ; et s'il est lié par les conclusions des parties, en ce sens qu'il doit tenir compte de ces conclusions et y répondre, il n'est nullement obligé de les accueillir conformément aux prétentions des plaideurs. Sans doute il est loisible au demandeur et au défendeur d'alléguer les faits qui peuvent servir de fondement à leur droit, mais cette faculté ne s'étend pas à toutes sortes de faits

sans distinction ; pour que le juge soit obligé d'en ordonner la preuve, il faut que, suivant le langage de la pratique, ces faits soient pertinents, c'est-à-dire qu'ils aient un rapport précis avec l'objet de la demande, et qu'ils soient concluants, c'est-à-dire tels que l'on en puisse tirer des conséquences pour établir le droit de celui qui les allègue. Au surplus, et c'est un point aujourd'hui définitivement acquis en jurisprudence, le juge en écartant pour défaut de pertinence les faits dont la preuve a été offerte ou sollicitée ne sera pas obligé de dire pourquoi il les considère comme non pertinents ; une simple affirmation de sa part suffira pour que sa décision à cet égard soit à l'abri de toute censure et spécialement n'encoure point le reproche de n'être point motivée. C'est ce que l'on exprime en disant que l'appréciation de la pertinence et de l'admissibilité des faits dont la preuve est offerte rentre exclusivement dans les attributions du juge du fond (1).

L'article 253 du Code de procédure civile indique d'ailleurs à quelles conditions la preuve pourra être ordonnée par le juge. Ces conditions sont au nombre de trois, savoir : que les faits soient admissibles, qu'ils soient déniés et que la loi n'en défende pas la preuve. Nous savons déjà ce qu'il faut entendre par l'admissibilité de la preuve et les mots « qu'ils soient déniés » ne demandent aucune explication ; mais il n'en est pas de même de la troisième condition ainsi exprimée : et que la loi n'en défende pas la preuve. Il s'est élevé à cet égard une difficulté qui touche au devoir du juge et que nous ne saurions dès lors ne point examiner. La ques-

(1) Req., 5 décembre 1892, D. P. 93.1.418 et note.

tion déjà soulevée sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 a fait l'objet de sérieuses controverses sous l'empire de nos Codes. Nous disons de nos Codes, car, suivant la judicieuse remarque de Boitard (1), elle se rattache plutôt au droit civil qu'à la procédure. Voici d'ailleurs en quels termes M. Demolombe l'a posée :

« Le juge peut-il admettre la preuve testimoniale dans les deux cas où l'article 1341 la déclare inadmissible lorsque la partie contre laquelle cette preuve est demandée ne s'oppose point à ce qu'elle soit admise ou même y consent expressément ?

Après avoir fait l'historique et rappelé l'état de la question sous l'empire de l'Ordonnance de 1667, Demolombe (2) constate que la jurisprudence des arrêts, d'accord avec la doctrine des auteurs, se prononçait généralement dans le sens de la négative et il cite à cet égard de nombreuses autorités ; mais il reconnaît aussi que c'est la doctrine contraire qui semble prévaloir sous l'empire du Code civil. Sans discuter à fond la question, Boitard avait déjà pris parti pour cette doctrine dont le triomphe semble assuré du moins en jurisprudence. C'est ce qui résulte d'un récent arrêt de la Chambre civile (3) qui décide que la prohibition de la preuve testimoniale dans les litiges portant sur une somme ou valeur excédant 150 francs n'est pas une règle d'ordre public à laquelle les parties ne puissent pas déroger. Cette décision ne fait que consacrer la doctrine antérieurement émise dans un arrêt de cassation rendu par la

(1) Boitard, Colmet Daage et Glasson. Sur l'article 253, t. I, p. 492, nº 474, *in fine*.
(2) *Contrats*, t. VII, p. 201, nº 213.
(3) 23 avril 1894, D. P. 94, 1, 337.

même chambre le 24 août 1880 (1) où il est dit: « que néanmoins le jugement attaqué a rejeté cette offre de preuve sur l'unique prétexte qu'elle était contraire aux dispositions du Code civil concernant la preuve testimoniale; mais attendu que ces dispositions se bornent à restreindre l'exercice de ce mode de preuve sans le proscrire d'une manière absolue; qu'elles l'admettent même dans certains cas au nombre des preuves légales, que dès lors les règles qu'elles édictent ne constituent pas des prescriptions d'ordre public auxquelles il soit interdit de déroger par des conventions particulières... etc. »

Il est permis, sinon de contester la valeur juridique de cette doctrine, du moins de constater que d'éminents jurisconsultes l'ont vigoureusement combattue. M. Demolombe (2), notamment, s'appuyant sur les termes de la loi, fait observer qu'elle s'exprime toujours en termes impératifs lorsqu'il s'agit de proscrire la preuve testimoniale et qu'elle présente partout le caractère d'une injonction. Et à qui cette injonction s'adresse-t-elle, se demande l'éminent jurisconsulte. Aux parties? Non sans doute, car ce ne sont point les parties qui reçoivent, qui admettent la preuve; elles l'offrent, elles la proposent, et c'est le juge seul qui peut la recevoir ou l'admettre.

Donc c'est aux juges que la loi s'adresse, et tel est bien, suivant le même auteur, le sens évident des articles du Code de procédure civile.

C'est d'abord l'article 253 dont nous avons déjà rappelé les termes. C'est l'article 254 qui n'est ni moins

(1) D. P., 80. 1, 147.
(2) *Loc. cit.*

affirmatif, ni moins catégorique. Tous ces textes témoignent que c'est aux juges en effet que la loi défend en termes absolus d'admettre la preuve testimoniale. Et il est clair que le consentement des parties ne saurait lever pour eux cette défense. Le devoir du juge serait par conséquent de rejeter d'office la preuve testimoniale lorsqu'elle est offerte par le demandeur, même avec le consentement du défendeur, contrairement à la prohibition de la loi ; et s'il a ordonné cette preuve, de ne pas tenir compte du résultat des enquêtes lors du jugement définitif (1).

On ne saurait méconnaître la force de l'argumentation et la justesse des conclusions qui précèdent puisqu'elles s'appuient sur le texte même de la loi ; mais on ne saurait non plus dire aujourd'hui, comme au temps où écrivait Boitard, que les opinions sur la question sont encore incertaines puisque ce ne sont pas seulement les cours d'appel mais la Cour régulatrice elle-même qui, à diverses reprises, l'a résolue dans un sens opposé, fixant ainsi d'une façon définitive le devoir du juge en cette matière.

Nous passons à l'examen de la seconde question, celle de savoir à quelles conditions le juge devra considérer la preuve comme rapportée. Ici nous pouvons poser une règle générale s'appliquant à toutes sortes de preuves et non pas seulement à la preuve testimoniale, c'est que tout dépend de la prudence du juge qui doit discerner si les preuves sont suffisantes ou non pour déterminer sa conviction et rassurer sa conscience. Comme l'avait très justement indiqué la loi romaine (2), il est impos-

(1) Cf. Marcadé sur l'article 1348, n° 8, t. V, p. 148.
(2) L. III, § 2, D., *de testibus*, XXII, 5.

sible de poser *a priori* des règles fixes à cet égard. *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo definiri potest.* Ainsi s'exprime un rescrit d'Hadrien à Valerius Verus et ce texte ajoute : *hoc ego solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim allegari debere, sed ex sententia animi tui te æstimare oportere quid aut credas, aut parum probari opinaris.* Ces sages conseils n'ont rien perdu de leur opportunité. Mais avant d'en arriver à apprécier la valeur d'une preuve le juge a un autre examen à faire et un autre devoir à remplir, il doit se demander si toutes les formalités exigées par la loi pour que la preuve produise son effet ont été remplies. Cette règle est particulièrement importante en matière de preuve testimoniale pour l'administration de laquelle le Code de procédure a édicté toute une série de règles dont l'inobservation est sanctionnée, non seulement par la nullité de l'enquête, mais par la responsabilité directe du magistrat enquêteur. Sans procéder à l'énumération et sans entrer dans le détail de ces formalités, rappelons seulement qu'aux termes de l'article 275 du Code de procédure civile les procès-verbaux feront mention de l'observation des formalités prescrites par les articles 261, 262, 269, 270, 271, 272, 273 et 274 ci-dessus ; qu'ils seront signés à la fin par le juge et le greffier et par les parties si elles le veulent ou le peuvent, qu'en cas de refus il en sera fait mention, le tout à peine de nullité.

D'autre part l'article 292 du même Code porte que l'enquête ou la déposition déclarée nulle par la faute du juge-commissaire sera recommencée à ses frais.

Pourquoi cette disposition ? Parce que, dit Boitard (1), il est impossible d'imputer à la partie la faute du juge-commissaire ; il est impossible de la priver du droit de recommencer son enquête lorsque la nullité de cette enquête provient de l'ignorance ou de l'erreur d'un juge qu'elle n'a pas choisi et à la désignation duquel elle n'est pas libre de se refuser. Ajoutons que le juge-commissaire n'encourt la condamnation aux frais qu'autant que l'enquête a été annulée pour vice de forme.

Après s'être assuré si la preuve a été administrée suivant les formes légales le juge devra se demander alors, mais alors seulement, si elle est concluante. Nous ne saurions mieux faire que d'emprunter ici les règles sur l'office du juge à celui que Daguesseau regardait comme le jurisconsulte des magistrats.

« Le second examen des preuves, d'après les lois civiles (2), consiste à discerner ce qui en résulte pour établir la vérité des faits qu'il fallait prouver soit par des témoins ou par écrit ou autrement. Ainsi pour les dépositions des témoins le juge examine si les faits dont ils déposent sont les mêmes qu'on devait prouver, ou si ce sont d'autres faits dont on puisse tirer des conséquences mêmes de la vérité des faits constatés : si les témoignages sont conformes les uns aux autres, ou si, se trouvant différents, la diversité peut se concilier pour former la preuve ou si elle laisse la chose incertaine : si la multitude des témoins ne laisse aucun doute : si entre plusieurs témoins qui déposent différemment la probité et l'autorité de quelques-uns donne plus de poids à leur témoignage : s'il n'y a point de variation dans une

(1) Sur l'article 292, t. I, p. 530, nº 508.
(2) Liv. III, tit. VI, sect. I, § 12.

déposition : si les faits sont confirmés par une notoriété publique et un bruit commun dans les cas où ces circonstances peuvent être considérées : si quelques témoins sont suspects de favoriser une des parties ou de vouloir lui nuire. Ainsi dans les preuves écrites et dans toutes les autres espèces de preuves il est de la prudence du juge de discerner ce qui peut suffire pour établir la vérité d'un fait et ce qui laisse dans l'incertitude : de considérer le rapport et la liaison que peuvent avoir les faits qui résultent des preuves avec ceux dont on recherche la vérité, d'examiner si les preuves sont concluantes ou si ce sont simplement des conjectures, des indices, des présomptions et quel égard on doit y avoir et enfin de juger de l'effet des preuves par toutes les différentes vues que peut donner la connaissance des règles jointe aux réflexions sur les faits et les circonstances. »

Il n'est pas sans intérêt de noter qu'à l'époque même où le judicieux auteur des lois civiles écrivait cette page d'une observation si profonde et digne d'un moraliste de profession comme tant d'autres passages de son livre, la législation contemporaine édictait en matière de preuve testimoniale des règles d'un formalisme étroit qui contraignaient la conscience du juge et apportaient les plus fâcheuses entraves à son pouvoir d'appréciation. C'est ainsi que la règle *vox unius vox nullius* ou, comme on disait aussi, *testis unus testis nullus* était encore en vigueur. Sans remonter jusqu'aux Institutes coutumières de Loysel (1) nous trouvons dans les lois civiles elles-mêmes la consécration de ces adages. Dans tous les cas, y est-il dit (2), où la preuve par témoins peut

(1) Liv. V, t. 5, Règle 10.
(2) Liv. III, tit. 6, sect. 4, § 13.

être reçue, il en faut au moins deux et ils peuvent suffire si ce n'est dans le cas où la loi en demande un plus grand nombre. Mais un seul témoin, de quelque qualité qu'il puisse être, ne fait point de preuve. Par contre, les juges étaient obligés de regarder comme bien prouvé un fait que deux témoins avaient affirmé véritable. Ce sont les expressions mêmes de Serpillon dans son commentaire de l'ordonnance de 1667 et cette doctrine était admise sans hésitation (1). Mais notre législation l'a répudiée, de même que cette autre règle d'après laquelle la déposition de trois femmes ne vaut que celle de deux hommes (2).

Tout est laissé aujourd'hui à l'appréciation discrétionnaire et, suivant l'expression souvent employée par Domat, à la prudence du juge. M. Demolombe estime avec raison que nos législateurs ont fait preuve de sens pratique et de sagesse en s'en rapportant ainsi à la conscience du magistrat. Mais le savant auteur fait justement observer que le pouvoir discrétionnaire du juge n'est point illimité et que l'on ne saurait par exemple admettre la preuve par commune renommée en dehors des cas spécialement prévus par la loi, c'est-à-dire par les articles 1415, 1504 et 1442 du Code civil. Cependant reste controversée la question de savoir si cette preuve est admissible en dehors de ces cas ou si elle peut être étendue par analogie à des cas identiques. L'affirmative a prévalu soit en doctrine, soit en jurisprudence et le juge ne manque pas dès lors à sa mission en admettant cette preuve, à condition toutefois que l'analogie soit

(1) *Lois civiles*, *ibid.*, § 14.
(2) Rousseau de la Combe, V° *Témoin*; Demolombe, *Contrats*, t. VII, p. 211.

manifeste entre le cas où elle serait sollicitée et ceux que la loi a prévus.

La preuve par commune renommée, n'étant d'ailleurs qu'une variété de la preuve vocale, reste par conséquent soumise aux formalités prescrites pour la preuve testimoniale en général. Le pouvoir discrétionnaire du juge est ici le même soit pour admettre ou repousser la preuve offerte, soit pour en apprécier les résultats.

Nous ne saurions encore nous dispenser de dire quelques mots d'une question qui a été examinée par tous les auteurs et qui touche de près à l'office du juge en matière de preuve testimoniale. L'enquête *in futurum* peut-elle être admise sous l'empire de notre législation ? On sait que sur les instances de Lamoignon, l'ordonnance de 1667 avait formellement proscrit ce genre d'enquêtes à cause des dangers qu'elles présentaient et des surprises auxquelles elles donnaient lieu. « On avait vu, disait Ferrières (1), qu'il était très dangereux que la preuve des faits fût reçue avant que la contestation fût formée sans que la partie adverse pût en faire une au contraire. » Le Code de procédure civile n'ayant pas reproduit la prohibition de l'ordonnance, faut-il en conclure que l'enquête *à futur* est autorisée dans notre droit nouveau ? Quelques Cours d'appel l'ont pensé et ont admis ces sortes d'enquêtes. Boitard (2) estime au contraire que le Code de procédure civile supposant par les termes mêmes de l'article 252 que l'enquête n'est demandée qu'incidemment et dans le cours d'une contestation déjà pendante semble reproduire par là même les prohibitions de l'ordonnance. Toutefois le premier con-

(1) *Dictionnaire de droit et de pratique*, V° *Enquête à futur*.
(2) T. 1, p. 486, n° 470.

tinuateur de Boitard, M. Colmet Daage, estimait que nos lois actuelles n'interdisant pas ces sortes d'enquêtes, le juge pourrait les admettre en raison de leur utilité. Les anciens abus ne sauraient d'ailleurs se reproduire puisque ce n'est plus la chancellerie qui accordera sans contrôle le droit de procéder à ces enquêtes. Ce sont les tribunaux eux-mêmes qui décideront, après débats contradictoires, si elles doivent être ordonnées. Telle est aussi l'opinion de M. Bonnier, et encore qu'elle ait été vivement combattue par Demolombe, c'est à cette opinion que nous croyons devoir nous ranger, alors surtout, qu'à notre connaissance du moins, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée en sens contraire. Une dernière question se pose enfin relativement à l'office du juge dans le même ordre d'idées et celle-ci a été tranchée par la jurisprudence des Cours d'appel.

On sait que le juge peut ordonner la comparution personnelle des parties et c'est un droit dont il use fréquemment, avec juste raison. Peut-il également ordonner la comparution des tiers étrangers au procès pour les interroger sur les faits de ce procès ? La négative a été consacrée et très justement croyons-nous par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 24 janvier 1849 (1) qui dispose « que la loi qui permet aux juges d'ordonner la comparution personnelle des parties ne les autorise pas à faire comparaître et à interroger avec elles des tiers qui ne figurent pas dans le procès et ne peuvent être entendus qu'à titre de témoins ; que dans les cas où la preuve testimoniale est interdite ce serait un moyen facile d'éluder

(1) D. P. 49, 2, 159.

la loi, et que, dans le cas même où elle est permise, la loi l'a entourée de précautions et de garanties dont les parties ne sauraient être frustrées ». Pour compléter ce qui concerne l'office du juge relativement à la preuve directe nous aurions à étudier les règles consacrées par le Code de procédure civile aux visites des lieux et aux expertises, mais ces règles ne nous paraissent pas rentrer dans le cadre de cette étude et nous n'en signalerons qu'une seule, la plus importante de toutes, celle qui touche de plus près à notre sujet et d'après laquelle les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leur conviction s'y oppose (art. 323, C. pr. civ.). Venons donc à la preuve indirecte. Elle fera l'objet de la section suivante.

SECTION II. — **De la preuve indirecte.**

On appelle preuve indirecte celle qui se fait à l'aide de présomptions de fait ou de l'homme. Aux termes de l'article 1349 du Code civil les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ; et l'article 1353 porte que « les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol ».

Cette disposition qui est du très petit nombre de celles où la loi trace au juge sa mission, est, d'après Marcadé,

de la plus haute importance ; elle est de celles qu'il faut se graver profondément dans l'esprit pour ne les jamais perdre de vue. Sa portée en effet est considérable puisqu'elle érige en preuves légales pour tous les cas où le témoignage est admissible, les simples conjectures du magistrat, les simples probabilités que les dépositions des témoins ou les diverses circonstances de la cause peuvent faire naître dans son esprit. Voilà pourquoi la loi fait au magistrat un devoir de n'admettre que des présomptions graves, c'est-à-dire ayant du poids et de nature à faire impression sur une personne sensée ; précises, c'est-à-dire en rapport direct avec le fait à prouver, et concordantes, c'est-à-dire en harmonie entre elles, de telle sorte que les faits sur lesquels elles reposent ne se contredisent pas. Mais cette recommandation ainsi adressée au juge n'a que la valeur d'un conseil et lui laisse toute latitude pour déterminer lui-même les caractères de gravité, de précision et de concordance qu'il doit demander aux présomptions. Aussi est-il, comme on dit, de jurisprudence que la question de savoir si les présomptions, dans les cas où elles sont admises, présentent et réunissent les caractères légaux est appréciée souverainement par les juges du fond. C'est là un des principes fondamentaux de la matière. L'erreur du juge à cet égard ne constitue donc qu'un mal jugé et ne saurait donner ouverture à cassation (1).

En second lieu, de ce que la loi requiert des présomptions concordantes, il ne faudrait pas conclure, comme l'a soutenu Toullier (2), qu'elle exige un *concord* de présomptions, tout étant ici abandonné à la prudence du

(1) Dalloz, *Code civil annoté*, 1353, n° 7; Zach., t. VIII, p. 358, § 766.
(2) T. 10, nos 20, 22.

juge. Nous croyons avec Marcadé, la généralité des auteurs et la jurisprudence qu'il pourrait se déterminer d'après une seule présomption comme d'après un seul témoignage, et suivant l'ingénieuse observation de Marcadé on ne peut regarder le mot concordantes que comme la reproduction irréfléchie d'une idée devenue inapplicable depuis que la règle *testis unus testis nullus* a perdu toute valeur.

Mais les présomptions ne peuvent être admises que dans le cas où la preuve testimoniale est autorisée et c'est là une seconde règle absolue dont la méconnaissance, à l'inverse de la précédente, entraînerait la cassation de l'arrêt qui l'aurait enfreinte.

Enfin les présomptions sont toujours admissibles au cas de dol, de violence, de fraude ou de simulation puisque la preuve testimoniale est toujours admise en pareils cas. La fraude et le dol ne se présument pas, disait l'orateur du tribunat. Mais celui qui les allègue doit être admis à les prouver par témoins ; car si la fraude ne se présume pas, ceux qui la commettent ne manquent pas d'employer tous les moyens pour la cacher. La morale publique exige donc que la preuve testimoniale soit admise en cette matière (1).

Nous terminerons par une observation empruntée à Zachariæ (2) et qui est d'une haute importance au point de vue de cette étude : c'est que cette règle que le juge ne peut considérer comme régulièrement établis que les faits contradictoirement prouvés dans l'instance liée devant lui ne s'applique point à la preuve indirecte, en ce sens qu'il est autorisé à fonder sa décision même sur

(1) Fenet, t. XIII, p. 403.
(2) T. VIII, p. 359, § 766.

des éléments de conviction puisés en dehors de cette instance.

SECTION III. — **De la preuve complémentaire.**

« Comme il arrive souvent »,lisons-nous dans les *Lois civiles*, « que celui qui a besoin de prouver un fait contesté n'a ni écrit, ni témoins, ni de présomptions qui puissent suffire, on a recours à tirer de la bouche de la partie la confession de la vérité, ce qui se fait en trois manières. » Ces trois manières ne sont autres que l'aveu, l'interrogatoire sur faits et articles qui est le moyen le plus généralement employé pour obtenir cet aveu et le serment.

Lorsqu'une partie demande l'interrogatoire de l'autre sur des faits qu'elle articule, il dépend de la prudence du juge d'ordonner l'interrogatoire, si les faits sont tels qu'étant reconnus ils puissent servir à la question du procès, ou de ne point l'ordonner si ces faits n'y ont point de rapport ; et c'est encore de la prudence du juge que dépend l'effet que doivent avoir les réponses pour faire connaître la vérité des faits dont il s'agit. Nous ferons observer que le juge devra toujours préférer la comparution personnelle des parties (art. 119, C. pr. civ.) dans les cas où elle est possible, à l'interrogatoire sur faits et articles. Cette procédure surannée, débris de l'ancienne pratique, a beaucoup perdu de son utilité depuis que le Code de procédure a permis heureusement aux tribunaux de faire comparaître les parties à l'audience pour les interroger publiquement. Dans ce

cas, les parties sont témoins dans leur propre cause, tandis que lorsque la partie comparaît en justice pour y prêter le serment qui lui a été déféré, elle devient, suivant la judicieuse remarque de Boitard, juge dans sa propre cause.

Ceci nous amène à parler de l'office du juge en matière d'aveu et de serment.

L'aveu et le serment considérés comme modes de preuve ont un caractère particulier, c'est que l'on peut se prévaloir de l'un et de l'autre contre une présomption légale. D'après l'article 1352 du Code civil la présomption légale dispense de toute preuve (1) celui au profit duquel elle existe. Cet article ajoute que nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque sur le fondement de cette présomption elle annule certains actes ou dénie l'action en justice ; mais ce principe souffre deux exceptions énoncées dans le même article : à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

Le mot *sauf* implique une exception ; la règle étant que toute preuve contraire est interdite, l'exception signifie évidemment que l'on peut se prévaloir de l'aveu et du serment contre la présomption invoquée. Et celui qui l'invoque ne saurait se plaindre puisque c'est lui-même qui décide le procès. Ainsi, par exemple, dans l'hypothèse prévue par l'article 1282 qui établit une présomption de libération au profit du débiteur, la preuve contraire n'est pas admise ; mais le créancier à qui le débiteur oppose l'exception de libération peut lui défé-

(1) Rappelons que quelle que soit la force probante de l'aveu, toutes les fois que l'ordre public se trouve intéressé, par exemple en matière de divorce, le juge, malgré l'aveu, doit ordonner la preuve.

rer le serment sur le point de savoir s'il est réellement libéré. Il peut aussi le faire interroger sur faits et articles pour obtenir un aveu. Si le débiteur refuse de prêter le serment ou s'il fait un aveu, la présomption tombe.

« Comme on ne vient à faire jurer une partie en sa propre cause qu'à défaut de preuves », écrivait Domat, « personne n'est reçu à jurer si le serment ne lui est déféré et ordonné par le juge qui doit reconnaître si les preuves sont suffisantes ou s'il est nécessaire d'en venir au serment. »

Cette doctrine, qui est encore aujourd'hui celle de la jurisprudence, nous paraît contraire au texte de l'article 1357 du Code civil aux termes duquel le serment décisoire est celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause. La loi attribue donc une faculté à la partie et non pas au juge et ce dernier est en général tenu d'admettre le serment lorsqu'il est déféré. Tout en reconnaissant que cette solution est condamnée par la jurisprudence, les annotateurs de Zachariæ persistent à penser avec lui et avec la doctrine la plus autorisée que ces expressions « le serment peut être déféré » ne s'appliquent point au juge mais aux parties puisque la délation du serment litisdécisoire constitue une proposition de transaction qui ne peut émaner que de l'une d'elles, et que c'est bien en réalité la partie et non point le juge qui défère un pareil serment, ainsi que cela résulte nettement de la définition qu'en donne l'article 1357, 2e alinéa.

A la différence du serment litisdécisoire, le serment déféré par le juge à l'une des parties n'a rien de transactionnel. C'est un supplément de preuve que le juge prescrit pour rassurer sa religion.

Le Code civil a consacré quatre articles au serment déféré d'office. C'est certainement une des matières du droit civil où le législateur s'est montré le moins avare de règles sur l'*officium judicis* et c'est en même temps une des parties de notre législation qui a le plus donné prise à la critique. C'est peut-être à tort, disent les annotateurs de Zachariæ (1), que les rédacteurs du Code ont conservé l'usage du serment supplétif qui présente un inconvénient bien grave en ce qu'il donne au juge le pouvoir de transporter d'office et par sa seule volonté la décision du litige du domaine du droit dans celui de la conscience. Et Laurent, dans ses *Principes* (2), tient à peu près le même langage. « Pourquoi », se demande-t-il, la loi permet-elle au juge de déférer le serment à l'une des parties ? C'est une disposition traditionnelle qu'il est difficile de justifier. La délation du serment est un appel à la conscience, appel toujours chanceux. On dit que le juge défère le serment pour rassurer sa religion. C'est une singulière façon de rassurer sa conscience que de le faire aux dépens des plaideurs (3). »

Quoi qu'il en soit, le juge peut, aux termes de l'arti-

(1) T. VIII, p. 359, § 767, note 1.
(2) III, p. 189.
(3) La haute raison et la profonde expérience de Pothier lui inspiraient les mêmes préoccupations.

Je ne conseillerais pas néanmoins aux juges, disait-il, d'user souvent de cette précaution qui ne sert qu'à donner occasion à une infinité de parjures. Quand un homme est honnête homme il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment pour ne pas demander ce qui ne lui est pas dû et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit ; et quand il n'est pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer. Depuis plus de quarante ans que je fais ma profession j'ai vu une infinité de fois déférer le serment et je n'ai pas vu plus de deux fois qu'une partie ait été retenue par la religion du serment de persister dans ce qu'elle avait soutenu. » *Traité des obligations*, édition Bugnet, p. 493.

cle 1366, déférer à l'une des parties le serment ou pour en faire dépendre la décision de la cause ou pour déterminer le montant de la condamnation. Il ne peut le déférer que sous les deux conditions énoncées en l'article 1367 dont les termes expliquent pourquoi le serment déféré d'office est ordinairement appelé supplétoire ou supplétif. Ce texte ne permet au juge de déférer d'office le serment que si la demande n'est pas totalement dénuée de preuve. La doctrine en a tiré cette conséquence que dans le cas où le témoignage n'est pas autorisé par la loi ce serait seulement au moyen d'un commencement de preuve par écrit que la délation d'office du serment serait rendue possible.

Le serment supplétif peut être déféré à l'une ou à l'autre des parties suivant les inspirations de la conscience du juge et c'est par ce motif que l'article 1368 porte que le serment déféré d'office ne peut être référé par celui auquel le juge l'impose. Ce dernier seul a le droit de décider quelle est la partie qui par sa probité, par les garanties d'honorabilité qu'elle présente, mérite que le magistrat fasse appel à sa conscience, à moins, disent tous les auteurs, que, dans une hypothèse spéciale, la loi n'ait désigné elle-même la partie à laquelle le serment doit être déféré. Tel est notamment le cas de l'article 1369 relatif au serment sur la valeur de la chose demandée. C'est celui que la doctrine désigne sous le nom de serment *en plaids* ou *in litem*. Il est fondé sur la nécessité alors qu'il est impossible de fixer la valeur de la chose réclamée autrement que par la délation du serment au créancier.

Le juge, dit cet article, doit même en ce cas déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le deman-

deur en sera cru sur son serment. Et pour fixer cette somme, dit Pothier (1), il doit avoir égard à la qualité de la personne du demandeur, au plus ou moins de vraisemblance qui paraît dans ses allégations : la qualité de la cause doit aussi entrer en considération. »

Enfin l'auteur du *Traité des obligations* ajoute, et ce sont les dernières lignes de cet ouvrage : quand même le juge s'en serait rapporté sur l'estimation au serment du demandeur sans lui limiter la somme il ne serait pas tellement astreint à la suivre qu'il ne pût s'en écarter s'il la trouvait excessive : *Et si juratum fuerit licet judici absolvere vel minoris condemnare* (2).

Dans la fixation de la somme, dit Zachariæ, le juge ne doit prendre en considération que la valeur vénale de la chose dont la restitution forme l'objet de la demande, et non le prix d'affection qu'elle aurait pour le demandeur, sauf à faire rentrer dans son appréciation le dommage réel que le défaut de restitution en nature peut lui faire éprouver (3).

Ajoutons enfin avec Marcadé (4) que la délation du serment supplétif n'étant qu'une affaire d'instruction, de renseignement pour le juge, il s'ensuit que si le magistrat, après avoir rendu le jugement qui l'ordonne, arrive autrement et par la découverte de nouveaux éléments de décision à se procurer une conviction complète, il pourra déclarer non avenu le jugement qui ordonnait un serment désormais inutile.

Arriver à une conviction complète, c'est là pour le

(1) *Op. cit.*, 10e partie, ch. III, sect. IV, art. 3, p. 492.
(2) L. 5, § 2, D., *in litem jur.*
(3) T. VIII, p. 635, § 768.
(4) Art. 1368, t. V, p. 233.

juge le but suprême de son ambition et le dernier terme de ses efforts. Mais qu'il parvienne ou non à atteindre ce but, qu'il reste encore ou non quelques hésitations dans son esprit ou quelques inquiétudes au fond de sa conscience, il n'en doit pas moins se décider et prononcer, c'est-à-dire faire connaître publiquement son opinion arrêtée et définitive. En un mot, il doit juger et c'est du jugement qu'il nous reste maintenant à parler.

CHAPITRE III

DU JUGEMENT
ET DE L'INTERPRÉTATION DES JUGEMENTS.

SECTION I. — **De la rédaction du jugement.**

Un petit ouvrage,publié à Paris sans nom d'auteur en 1556 (1),nous apprend que « jugement est une disceptation de controversie et acte légitime qu'on faict en un siège où l'on expédie causes qui est constitué d'un juge, un demandeur et un défendeur. La substance duquel consiste ès trois personnes susdites : car si l'une d'icelles deffault ce ne sera point jugement ». Cette originale définition se rapporte plutôt à l'instance (*judicium*) qu'au jugement proprement dit (*sententia*). Aussi le même auteur dans la V[e] partie de son ouvrage s'exprime-t-il comme suit (2) : « Le juge après qu'avecques les gens de conseil a délibéré et consulté,tout parfaict ce qui appartient à faire en un procès, il n'a plus sinon à prononcer la sentence. Et fault en premier lieu sçavoir que sentence est une définition judiciale mettant fin à controversie. » C'est bien là ce que nous entendons nous-même par le mot jugement. L'office principal du juge consiste en effet à *rendre* la justice, en d'autres termes

(1) Sous ce titre : ***Le thrésor de pratique pour les juges, advocats et procureurs.*** A Paris pour Vincent Sertenq libraire tenant sa boutique au Palais en la gallerie par où l'on va à la Chancellerie et en la rue Neuve Nostre-Dame à l'enseigne S. Jean l'Evangéliste.

(2) De la prolation de la sentence.

à dire aux parties en cause quel est leur droit. Tout doit concourir à procurer aux plaideurs une décision aussi juridique que possible et toutes les règles tracées au juge pour lui faciliter l'accomplissement de sa mission tendent à ce but.

Il ne va être question ici que de la substance même du jugement, de ce qu'il doit contenir et nullement des conditions extrinsèques de sa régularité. C'est à la rédaction même du jugement que nous allons plus particulièrement nous attacher (art. 141 et suiv. C. pr. civ.), et dans ce qui concerne cette rédaction à la partie qui est l'œuvre personnelle du juge. Cette partie se décompose en deux éléments distincts, qui n'ont point une égale importance mais qui n'en sont pas moins également essentiels l'un et l'autre : le dispositif et les motifs.

En les qualifiant d'également essentiels nous ne nous plaçons bien entendu qu'au point de vue de la validité même du jugement, car une décision judiciaire qui ne contiendrait point de motifs serait entachée de nullité au même degré qu'une sentence qui ne contiendrait pas de dispositif, si toutefois une telle sentence se pouvait concevoir. Mais en réalité, ce qui constitue le jugement, ce qui en est l'essence, c'est le dispositif. C'est là que se trouve la décision proprement dite, c'est-à-dire tout ce que le juge déclare et ordonne en prononçant sur le différend porté devant lui. C'est le dernier mot du procès, celui que les parties tendaient à obtenir de la justice en se présentant devant elle et qui aura l'autorité de la chose jugée.

En parlant de dernier mot du procès nous écartons par là tout ce qui est relatif aux jugements provisoires, préparatoires et interlocutoires pour nous placer en pré-

sence de la seule hypothèse d'un jugement définitif, c'est-à-dire statuant sur le fond même du litige.

C'est dans l'article 141 du Code de procédure civile que se trouve l'indication des divers éléments constitutifs du jugement et des diverses parties dont se compose pour ainsi dire son organisme. Les unes sont l'œuvre du greffier, les autres celle des avoués, les troisièmes enfin, à savoir les motifs et le dispositif, appartiennent exclusivement au juge lui-même.

Tout jugement proprement dit doit être motivé (1). Telle est la règle invariable et absolue à laquelle aucun juge ne peut se soustraire. Cette règle introductive d'un droit nouveau (2) a été empruntée à l'article 15, tit. V de la loi du 24 août 1790 par l'article 141 du Code de procédure civile et sanctionnée par l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et de l'administration de la justice. Nous avons dit que cette règle fondamentale et pourtant si souvent méconnue était introductive d'un droit nouveau en dépit de ce que l'on peut lire dans Henrion de Pansey au chapitre des devoirs des juges et des règles qu'ils doivent suivre dans l'exercice de leurs fonctions.

« Dans notre nouvelle organisation judiciaire, écrivait l'illustre magistrat, les juges doivent consigner dans leurs jugements les motifs de leurs décisions. Les an-

(1) Les actes judiciaires que l'on appelle jugements de remise de cause, les constatations de certains faits sur la feuille d'audience n'ont pas besoin d'être motivés. Il en est de même des jugements simplement préparatoires, mais les jugements interlocutoires doivent être motivés. Colmet Daage sur Boitard, c. I, p. 263.

(2) Voyez cependant Henrion de Pansey, p. 169 et Dall., *Rép.*, V° *Jugement*, n° 947.

ciennes ordonnances de nos Rois leur imposaient la même obligation, mais plus prévoyantes et plus sages que les lois nouvelles elles ne se bornent pas à dire comme elles les jugements seront motivés ; elles portent leur sollicitude beaucoup plus loin : elles assujettissent la rédaction des jugements à des règles telles que les motifs qu'elles renferment sont nécessairement ceux qui ont déterminé l'opinion de la majorité. La loi du 24 août 1790 qui a rétabli l'ancien usage n'ayant prescrit aucune règle à cet égard, on doit naturellement se référer à celles qui existaient auparavant. Elles sont principalement consignées dans une ordonnance de Philippe de Valois du 11 mars 1344 (1). » On était en droit de s'attendre à trouver dans la suite de ce passage le texte même des règles annoncées par l'éminent jurisconsulte et qui auraient été d'un si grand prix dans cette matière de haute importance où le législateur a fait preuve d'un laconisme si discret, laissant ainsi à la jurisprudence le soin de tout faire. Malheureusement, ainsi qu'on l'a fait remarquer avec juste raison, l'ordonnance précitée ne contient pas un mot sur l'obligation de motiver les jugements et les articles reproduits par Henrion de Pansey sont absolument étrangers à cette prescription. Certes les dispositions de l'ordonnance sont

(1) En voici les principales dispositions :

Art. 3. — Six jours au plus tard après qu'un arrêt aura été rendu, le juge chargé de sa rédaction le rapportera à la Chambre ; et cela lui est enjoint sur son serment.

Art. 4. — Ils lisent leur arrêt et sitôt qu'on leur dira la correction, ils la fassent, écrivent et relisent.

Enfin l'article 8 leur enjoint de faire leur arrêt en leur maison, après dîner ou de nuit, et non pas en la Chambre, s'il n'était besoin d'en parler à leur compagnie.

très sages et contiennent les plus utiles conseils, mais elles ne disent rien de la recette annoncée, s'il est permis d'employer une expression aussi vulgaire ; il est constant au contraire que, dans notre ancienne France, tout au moins au cours des deux derniers siècles, quoique l'on puisse induire de quelques documents plus curieux que probants (1) exhumés par certains auteurs, les décisions judiciaires n'étaient pas motivées. « Anciennement », dit la Roche Flavin (2), « les juges avaient coutume d'insérer dans leurs sentences, jugements et arrêts la cause ou le motif de la condamnation ou absolution; mais aujourd'hui (1617) cela n'est plus en usage et les arrêts et sentences ne contiennent que ce qui est ordonné simplement, sans autre raisonnement, soit au civil, soit au criminel. » Jousse (3) approuvait fort ce procédé ; « il n'est pas nécessaire », disait-il, « que les juges expriment les motifs de leurs jugements. S'ils veulent le faire cela dépend d'eux : néanmoins il vaut mieux ne pas déclarer ces motifs, afin de ne pas donner lieu à des chicanes de la part de celui qui aura perdu sa cause. » Encore que cette dernière observation ne laisse pas que de témoigner d'une incontestable perspicacité, peut-être même d'une précieuse expérience, il ne faut pas hésiter à condamner l'opinion de Jousse pour approuver au contraire sans réserve celle qui a prévalu dans notre législation moderne. Le génie de Bacon ne s'y était pas trompé: *Ne decreta exeant cum silentio*, disait-il dans son 38e aphorisme, *sed judices sententiæ suæ rationes adducant, idque palam atque adstante corona*. Le philosophe

(1) Dalloz, *Rép.*, V° *Jugement*, n° 847, p. 457.
(2) Les XIII Livres des Parlements de France.
(3) *Administration de la justice*, t. 2, p. 24.

posait ainsi le double principe de la nécessité de motiver les décisions judiciaires et de l'obligation de les prononcer publiquement. Ce sont là deux des fondements les plus solides de notre administration judiciaire en même temps qu'une garantie des plus précieuses pour les justiciables et une des sources les plus abondantes et les plus riches de la science juridique.

Revenons donc à l'article 7 de la loi du 20 avril 1810. Ce texte d'une importance capitale mérite d'être reproduit intégralement :

« La justice est rendue souverainement par les cours impériales et leurs arrêts, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi. Les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrit ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nuls. »

Cette disposition, dit Boitard, facile à justifier, à concevoir dans la pratique, donnera souvent lieu dans l'application à des questions délicates et que nous ne pouvons qu'indiquer parce qu'elles sont des questions de fait bien plus que des questions de droit.

En réalité il n'est peut-être pas de disposition de nos Codes qui ait donné lieu à de plus fréquentes difficultés, et la violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 est devenue pour ainsi dire un moyen de style dans la plupart des pourvois dont la Cour de cassation est saisie. Il suffit pour s'en convaincre d'ouvrir au hasard un recueil de jurisprudence et d'y jeter un coup d'œil. Les décisions de la Cour suprême à cet égard sont de tous les jours,

on pourrait presque dire de toutes les heures ; ce que l'on appelle en jurisprudence les précédents ne se compte plus. Aussi, bien qu'il soit parfois difficile, comme l'avait si justement remarqué Boitard, d'apprécier si oui ou non il a été satisfait par le juge aux prescriptions de l'article 7, on peut néanmoins dégager de l'encombrante multiplicité des décisions intervenues sur ce point quelques règles hors de toute contestation et susceptibles de fournir aux juges des indications utiles. Nous essaierons de rappeler les plus essentielles.

Il faut partir de cette idée que les motifs sont les raisons de fait ou de droit qui ont déterminé le juge à se prononcer dans tel ou tel sens, à rendre telle ou telle décision. Nous disons des raisons de fait ou de droit parce qu'un jugement n'est pas une solution scientifique et doctrinale, c'est une sentence sur un litige déterminé ; c'est le dernier mot prononcé sur une contestation à laquelle il s'agit de mettre un terme. Les plaideurs, qu'ils soient ou non d'accord sur les faits, sont nécessairement et dans tous les cas obligés de les soumettre à leur juge. Celui-ci par contre doit aussi nécessairement en tenir compte, de telle sorte qu'un jugement qui ne contiendrait que la solution d'un point de droit sans énonciation d'aucun fait devrait être cassé pour défaut de motifs (1). Mais notre loi qui n'est point formaliste laisse le juge complètement libre du choix des motifs qui doivent servir de fondement à sa décision ; il peut les prendre où bon lui semble, dans les conclusions et les plaidoiries ou ailleurs ; il n'importe ; le seul point essentiel est qu'ils justifient la décision, c'est-à-dire le dispositif.

(1) Dall., *Rép.*, V° *Jugement*, n° 963, 7°.

Il résulte de ce principe que le juge n'est nullement tenu de reproduire pour les discuter tous les arguments présentés, tous les moyens invoqués par les parties dans leurs conclusions ou leurs plaidoiries et que d'autre part, suivant une formule consacrée, il n'est point obligé de donner les motifs de ses motifs. Cette formule signifie qu'il n'est point nécessaire que les motifs sur lesquels repose une sentence soient eux-mêmes appuyés de développements justificatifs (1). Il suffit que la pensée du juge soit claire et que la raison qui l'a déterminé ait été nettement indiquée.

A côté de la règle que tout jugement doit être motivé vient se placer cet autre principe que les motifs, bien que faisant partie intégrale et essentielle du jugement, ne le constituent pas et que c'est le dispositif seul qui contient la véritable décision et la chose réellement jugée. Les motifs ne peuvent donc pas servir de base à un pourvoi, mais ils servent souvent à expliquer le dispositif et plus spécialement à établir que le dispositif a jugé la véritable question du procès lorsqu'elle a d'ailleurs été appréciée dans les motifs en vertu de l'adage : *pro expressis habentur quæ necessario descendunt ab expressis* (2).

Mais à quelles conditions un jugement doit-il être considéré comme suffisamment motivé ? Telle est la question fondamentale que le juge doit se poser lorsqu'il rédige sa décision. Nous disons suffisamment motivé, car il est de principe que la généralité ou l'insuffisance des motifs n'est pas comme le défaut de motifs lui-même

(1) Req., 28 décembre 1855, D. P. 56, 1, 56.
(2) Req., 27 mars 1838. Dalloz, *Rép.*, V° *Jugement*, n° 1048, note 2, p. 496.

une cause de nullité des jugements. Il est d'ailleurs impossible de répondre d'une façon catégorique et qui ne laisse subsister aucune incertitude à la question que nous examinons. On peut toutefois tenir pour certain que le juge doit donner des motifs sur chaque chef de conclusions susceptible d'aboutir à un dispositif, que ces conclusions soient principales ou subsidiaires, qu'elles se réfèrent à des exceptions, à des fins de non-recevoir ou au fond même du débat. Mais nous ne parlons bien entendu que des conclusions formelles, déposées à l'audience sur le bureau du tribunal et non pas de conclusions simplement signifiées qui ne saisissent pas le juge; des seules conclusions enfin qui figurent dans les qualités de la décision, qui s'y trouvent exactement précisées, qui n'ont pas été explicitement ou implicitement abandonnées par les parties, qui ne sont pas tardives et qui ne contiennent pas uniquement des arguments ou de simples considérations. Insistons sur ce dernier point. La jurisprudence décide, en effet, depuis longtemps et d'une façon constante que le juge n'est pas tenu de répondre à tous les arguments développés au nom des parties à l'appui de leurs conclusions proprement dites. « Attendu en droit, dit un arrêt des requêtes précédé et suivi d'une foule d'autres dans le même sens, que les tribunaux ne sont tenus de répondre qu'aux moyens qui leur sont soumis et non aux considérations et arguments présentés à l'appui de ces moyens (1). »

Mais, d'autre part, il importe et il faut que les motifs donnés par le juge soient suffisamment explicites et sérieux pour justifier sa décision ; de telle sorte que l'on

(1) Req., 24 décembre 1874, D. P. 75, 1, 232.

ne puisse pas dire qu'ils n'ont de motifs que l'apparence ou que le juge a décidé la question par la question.

Par contre la jurisprudence de la Cour suprême admet et reconnaît la légitimité et la suffisance des motifs implicites et virtuels, c'est-à-dire résultant des termes mêmes du dispositif de la décision (1).

Nous ne saurions pousser plus loin l'étude de cette matière si importante et si pratique sans donner à cette partie de notre travail des proportions exagérées ; qu'il nous suffise d'ajouter que les règles dont nous venons de parler s'appliquent aussi bien aux jugements par défaut qu'aux décisions contradictoires et qu'elles s'étendent à tous les degrés de juridiction.

Le moment est venu de dire quelques mots du dispositif.

Le dispositif c'est en réalité le jugement : c'est la décision proprement dite, c'est l'ordre ou la déclaration du juge qui fixe le droit des plaideurs et qui, se basant sur les motifs précédemment déduits, tranche le différend, soit en prescrivant ce qui doit être fait, soit en prononçant une condamnation formelle. Sans dispositif point de jugement.

Le dispositif doit porter sur tous les chefs de demande, mais uniquement sur ces chefs tels qu'ils résultent des conclusions. C'est donc sur les conclusions que le juge doit avoir l'œil constamment fixé quand il rédige sa sentence. Les conclusions prises par les parties délimitent le pouvoir du juge, et les tribunaux sont tenus de répondre à toutes ces conclusions sous peine de méconnaître les droits de la défense. La Cour de cassation n'a

(1) Req., 4 mai 1859, D. P. 59,1,314.

que trop souvent l'occasion de rappeler ce principe dont elle a fait récemment une application très intéressante dans une affaire Dumecq c. veuve Marty (1).

Cet arrêt décide que les juges devant lesquels une compensation est demandée par des conclusions formelles ne peuvent se dispenser de l'admettre ou de donner les motifs qui s'opposent à ce qu'elle soit admise ; il décide en outre que l'arrêt qui, après avoir déclaré dans ses motifs qu'il n'y a point lieu de statuer sur une compensation demandée, statue néanmoins dans son dispositif, en augmentant, conformément aux conclusions prises par le créancier en appel, le chiffre de la condamnation qu'il avait réclamée en première instance, doit être annulé comme n'étant pas suffisamment motivé.

Rien de plus varié d'ailleurs que la teneur des dispositifs. Vinnius dans son commentaire des Instituts au titre *de officio judicis* avait essayé de les grouper dans des catégories distinctes, mais ces qualifications ont toujours quelque chose de factice et d'artificiel. Il avait signalé cependant comme se rapportant à cette partie si essentielle de l'*officium judicis* le pouvoir donné au juge d'accorder ou de diminuer les délais et de prononcer des condamnations accessoires (2). Il convient d'en dire quelques mots.

On trouve à cet égard dans le Code de procédure civile, au titre des jugements, certaines dispositions qui, suivant une judicieuse remarque (3), tiennent de beaucoup

(1) Civ. cass., 2 février 1891, D. P. 91, 1, 198 et la note.

(2) Dare et moderari dilationes... jubere cavere stipulatione judiciali; denique de re cognita pronuntiare nam et sententiæ judicis quod mercenarium vocant pronuntiatur tam super re principali quam super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus.

(3) Boitard, t. I, p. 258, n° 256.

plus près au droit civil qu'à la procédure et qui, dans tous les cas, touchent de trop près à la mission du juge pour que nous puissions les passer complètement sous silence. Tel est notamment l'article 122 d'après lequel, dans les cas où les tribunaux peuvent accorder des délais pour l'exécution de leurs jugements, ils le feront par le jugement qui statuera sur la condamnation et qui énoncera les motifs du délai. Cette disposition doit être rapprochée de celle que contient l'article 1244 du Code civil, aux termes duquel le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette même divisible. « Les juges peuvent néanmoins, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, accorder des délais modérés pour le paiement et surseoir l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en l'état. »

Ce texte déroge manifestement à la rigueur du droit qui veut que le débiteur ne puisse faire un paiement divisé. On comprend, en effet, qu'autoriser un paiement de cette nature serait violer le droit du créancier qui forme une loi pour le débiteur. La loi permet néanmoins de porter atteinte au droit strict mais rigoureux du créancier en permettant au juge de lui accorder un délai de grâce. C'est, dit Laurent, dans son *Cours élémentaire de droit civil* (1), une exception fondée sur un devoir d'humanité. C'est un de ces cas très rares où l'équité l'emporte sur le droit; il a fallu pour cela une loi formelle, ce qui confirme la règle d'après laquelle le juge ne peut point, par des considérations d'équité, modifier les conventions des parties contractantes. On

(1) T. III, p. 16.

décide généralement que le juge qui peut accorder des délais modérés pour le paiement peut aussi permettre au débiteur de diviser les paiements. Le texte de la loi tranche en effet la difficulté. L'article 1244, dit à cet égard le jurisconsulte que nous venons de citer (1), commence par poser le principe de l'indivisibilité du paiement : ce qui veut dire que le débiteur ne peut pas payer sa dette en plusieurs termes. Puis vient l'exception à la règle : celle-ci établissant l'indivisibilité du paiement, l'exception doit consacrer la divisibilité, ce qui permet au juge d'accorder plusieurs termes. Tel est aussi l'esprit de la loi : elle veut faciliter au débiteur le moyen de se libérer : elle doit donc lui permettre de payer par termes. L'article 1244 dit enfin que le juge peut, en accordant des délais pour le paiement, surseoir l'exécution des poursuites. Le pourra-t-il, alors même que le créancier est porteur d'un titre exécutoire ? Boitard, dans une très intéressante dissertation, avait enseigné la négative, mais la jurisprudence s'est généralement prononcée en sens contraire. Elle décide également que la faculté pour le juge d'accorder des délais de paiement cesse encore lorsque le débiteur a renoncé dans le contrat à réclamer aucun délai de justice, l'article 1244 ne contenant pas une disposition d'ordre public à laquelle on ne puisse déroger.

Les tribunaux sont d'ailleurs souverains pour apprécier les circonstances qui peuvent les déterminer à accorder des délais au débiteur, mais ils ne doivent les accorder que sous les conditions spécifiées par l'article 1244, 2e alinéa ». En un mot « dit excellemment Boi-

(1) *Loc. cit.*, p. 17.

tard (1), « les tribunaux ne doivent jamais oublier, en usant du pouvoir que cet article leur confère,qu'ils font un acte exceptionnel, qu'ils dérogent à la convention, à la volonté primitive des parties et qu'ils n'y doivent déroger qu'avec toute la circonspection que la loi leur commande ».

Les articles 124 du Code de procédure civile, 1900, 1656 et 1661 du Code civil fixent au pouvoir du juge en cette matière des limitations qu'il suffit de signaler sans qu'il soit besoin d'y insister.

Mais d'autre part, ainsi que nous l'a laissé pressentir le texte de Vinnius cité précédemment, nos lois ont établi en matière de condamnations accessoires certaines prescriptions dont nous devons dire quelques mots pour compléter ce qui concerne l'office du juge sur le point spécial que nous traitons dans ce chapitre. Ces condamnations accessoires peuvent porter sur les fruits, sur les intérêts et sur les dépens.

Les Instituts au titre *de officio judicis* avaient déjà fait remarquer (§ 2) que dans le cas d'action réelle, si le juge prononce contre le demandeur, il doit absoudre le possesseur; que si, au contraire, il juge contre le possesseur, il doit lui ordonner de restituer la chose avec les fruits. La restitution des fruits n'est pas autre chose qu'une espèce de dédommagement que doit celui qui a indûment joui du revenu d'un autre, car cette restitution répare la perte que cette jouissance a causée à celui qui devait jouir (2). Nous n'avons pas à dire ici dans quels cas il y a lieu de prononcer des condamnations pour restitution de fruits. Le Code civil en offre de nombreux

(1) T. 1, p. 262, n° 258.
(2) *Lois civiles*, l. III, t. V, sect. 3.

exemples, notamment dans l'article 549 qui prévoit l'hy-
pothèse du paragraphe 2 des Instituts que nous avons
mentionnée tout à l'heure. Une théorie complète de
restitution des fruits serait ici hors de propos et nous
nous bornerons à rappeler la disposition de l'article
du Code de procédure civile, qui indique comment
doivent faire ces restitutions. Aux termes de cet article
les jugements qui condamneront à une restitution
fruits ordonneront qu'elle sera faite en nature pour
dernière année et, pour les années précédentes, suivant
les mercuriales du marché le plus voisin eu égard a
saisons et aux prix communs de l'année, sinon à d
d'experts à défaut de mercuriales. Ces modes d'évalu
tion sont facultatifs pour les juges qui peuvent et d
vent même se dispenser d'y recourir s'ils trouvent da
les divers documents du procès les éléments nécessai
pour statuer. La Cour de cassation l'a jugé ainsi par
arrêt du 16 novembre 1874 (1) où nous lisons : «
tendu que si l'arrêt attaqué déclare que le compte
fruits rendu par les défendeurs et débattu entre les p
ties était dénué de pièces justificatives et n'offrait
de base certaine d'appréciation, il constate en mê
temps que cette insuffisance de production se justifi
par la position exceptionnelle des rendants comp
qu'il constate en outre qu'en l'absence d'un état déta
de recettes et de dépenses annuelles d'exploitation
l'immeuble revendiqué par les demandeurs, les do
ments de la cause permettaient de déterminer la som
à laquelle aurait dû s'élever le revenu de cet immeubl
pendant la durée de la possession des défendeurs. »

(1) Civ. rej , D. P. 76, 1, 393.

Indépendamment des restitutions de fruits le plaideur qui succombe peut être condamné à des intérêts. Il ne faut pas confondre cette condamnation avec celle dont nous avons eu précédemment à nous occuper en traitant de la faute et qui a pour objet les dommages-intérêts. Une condamnation de ce dernier genre se présente généralement sous la forme d'une condamnation principale et directe tendant à la réparation d'un préjudice causé soit par l'inexécution tardive d'un contrat, soit par un délit ou quasi-délit. Autres sont les condamnations aux intérêts proprement dits ; elles ont bien quelquefois encore le caractère d'un dédommagement, par exemple pour retard dans l'exécution d'un contrat ayant pour objet une somme d'argent, et telle est l'hypothèse prévue par l'article 1153 du Code civil. Mais indépendamment de ces intérêts que l'on désigne sous le nom de moratoires en raison du fait générateur qui les produit, la pratique reconnaît encore d'autres intérêts que l'on appelle compensatoires. Ces derniers sont eux-mêmes de deux sortes, conventionnels ou judiciaires. « Il résulte, disait Domat (1), de toutes les règles qui ont été expliquées dans cette section qu'on peut réduire à quatre sortes de causes toutes celles qui peuvent donner lieu à des intérêts. Car ils peuvent être dus ou par l'effet d'une convention comme s'ils sont stipulés par une transaction (2) ; ou par la nature de l'obligation comme les intérêts d'une dot et ceux du prix de la vente d'un fonds ; ou par une loi comme ceux que les tuteurs doi-

(1) *Lois civiles*, L. III, tit. V, section 1, § 14.

(2) Nul n'ignore d'ailleurs que dans une dissertation célèbre approuvée par Daguesseau et réfutée depuis par Troplong et par bien d'autres, Domat a condamné le prêt à intérêt.

vent aux mineurs des deniers dont ils ont manqué de faire un emploi ; ou pour la peine d'un débiteur qui est en demeure de payer après que le créancier lui a fait une demande en justice et de son principal et des intérêts faute de l'acquitter. »

Il est à remarquer que cette énumération qui se réfère aux intérêts conventionnels légaux et moratoires ne comprend pas la seule catégorie d'intérêts sur lesquels notre attention doit plus spécialement se porter : les intérêts compensatoires. On les oppose, avons-nous dit, aux intérêts moratoires et on les divise en conventionnels et judiciaires : conventionnels lorsqu'ils ont été stipulés par le créancier pour prix de la jouissance d'un capital prêté, et judiciaires lorsqu'ils sont, suivant Demolombe (1), « alloués au créancier par le juge pour la réparation de tout autre dommage que celui résultant d'un retard dans l'inexécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent et comme complément accessoire de l'indemnité pécuniaire à laquelle le débiteur est condamné envers lui ».

Il importe de ne pas les confondre ; et depuis longtemps en effet la jurisprudence les a nettement distingués. Elle décide que l'article 1153 ne s'applique qu'au cas où le préjudice provient du simple retard, autrement dit aux intérêts moratoires ; si d'autres causes de préjudice co-existent, et si, par exemple, le créancier a à se plaindre de vexations de la part de son débiteur, des dommages-intérêts peuvent être accordés à ce créancier en dehors des intérêts moratoires. Ce principe, qui résulte de nombreux arrêts (2), est très nettement posé dans celui de la

(1) *Contrats*, t. I, p. 602, n° 614.

(2) Req., 12 décembre 1855, D. P. 56, 1, 162 ; 1er février 1864, D. P. 64, 1, 135 ; 7 mai 1872, D. P. 73, 1, 40.

Chambre des requêtes du 7 mai 1872 qui porte : « sur le premier moyen tiré de la violation de l'article 1153 : attendu que cet article dispose que les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution de l'obligation de payer une somme d'argent ne peuvent jamais consister que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi ; qu'il résulte des termes de cet article que le juge peut allouer des dommages-intérêts pour réparer le préjudice provenant d'une cause autre que le retard dans le paiement de la somme due. »

« Les juges ont dans ce cas », dit encore ici Demolombe (1), « toute latitude pour déterminer dans leur appréciation discrétionnaire, la quotité des dommages-intérêts auxquels le débiteur doit être condamné envers le créancier ; et il en résulte qu'ils peuvent ajouter à la somme à laquelle ils les estiment les intérêts de cette somme à partir d'une époque antérieure à la demande. »

Quelle en est la raison ? « C'est que ces intérêts », continue le même auteur, « étant alloués au créancier, de même que la somme principale, comme une indemnité compensatoire du dommage qu'il a éprouvé, et comme un complément et une partie intégrante de cette indemnité, ne rentrent pas dans l'application du 3e alinéa de l'article 1153. »

« Attendu », dit encore la Cour de cassation, « que la condamnation étant fondée au principal sur la réparation du préjudice, la condamnation aux intérêts n'a été prononcée par l'arrêt que comme partie et complément du capital de l'indemnité, et à partir de l'époque qu'il était libre aux juges de déterminer, la fixation du prin-

(1) *Op. cit.*, p. 618.

cipal et des intérêts étant abandonnée aux lumières ou à la conscience du juge » (Jurisprudence constante).

Il résulte des mêmes principes que les sommes allouées par le juge à titre de dommages-intérêts, peuvent être déclarées par le juge productives d'intérêts, alors même que ces intérêts n'auraient pas été demandés par cette partie.

« Attendu », a dit encore la Chambre des requêtes (1), « que les intérêts alloués par l'arrêt attaqué ont été accordés à titre de dommages-intérêts et que la disposition de l'article 1153 du Code civil, visé au pourvoi, ne leur était pas applicable. » Pour les mêmes raisons les dispositions de cet article ne sont pas applicables aux obligations de sommes dues à l'occasion d'un délit ou d'un quasi-délit : dans ce cas le juge peut allouer les intérêts à partir du préjudice éprouvé.

« Attendu », lisons-nous dans un arrêt de la Chambre civile (2), « qu'il s'agissait d'une obligation résultant d'un quasi-délit et d'intérêts compensatoires auxquels l'article 1153 ne s'applique pas : que l'arrêt a donc pu, sans violer ledit article, faire remonter ces intérêts à une époque antérieure à la demande. »

A la théorie des intérêts succède tout naturellement celle des dépens dont une allocation équitable ne laisse point que de réserver parfois à l'office du juge d'assez sérieuses difficultés et de soulever de délicates questions. Le principe posé dans l'article 130 du Code de procédure civile est pourtant bien simple et d'une netteté qui paraît ne rien laisser à désirer : toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens. Et d'abord

(1) 15 mars 1872, D. P. 72, 1, 215.
(2) 23 août 1864, D. P. 64, 1, 367.

quel est exactement le sens juridique de ce mot? Les dépens constituent-ils une sorte de dédommagement accordé au plaideur qui triomphe? Nos anciens jurisconsultes et Domat notamment semblaient les considérer ainsi : « il y a encore », disait-il (1), « une autre sorte de dommages-intérêts qui est les dépens que doit celui qui perd son procès et qui consiste au remboursement des frais qu'a faits pour plaider celui qui a gagné. » Mais il y a certainement une sorte de contradiction entre les deux idées de réparation et de remboursement, de dédommagement et de dette. Or c'est la seconde idée qui est la vraie : les dépens ne sont point en effet la peine du plaideur qui succombe; ils ne constituent que le remboursement, suivant l'expression très exacte employée par Domat lui-même, que doit faire le perdant des frais que le gagnant a été obligé d'avancer. C'est, dit Boitard, une dette comme une autre et rien de plus. Ce principe posé, quel est en matière de condamnation aux dépens le devoir du juge? Peut-il la prononcer d'office sans que la partie adverse y ait conclu? La jurisprudence est à cet égard en désaccord avec la doctrine, ainsi que l'on peut s'en convaincre par une note du recueil périodique de Dalloz sous un arrêt de la Chambre des requêtes du 2 août 1871 (2). La teneur de cet arrêt ne laisse aucun doute sur le point qui nous occupe, à savoir si la condamnation de la partie qui succombe peut être prononcée d'office, en l'absence de toutes conclusions de la partie adverse : on trouve néanmoins dans cette décision quelques expressions susceptibles de provoquer une équivoque sur le caractère même de la condamnation

(1) *Lois civiles*, L. III, tit. 5, préamb.
(2) D. P. 71, 1, 228.

aux dépens. L'arrêt des requêtes approuve un arrêt de la Cour de Rennes qui avait jugé en fait qu'un syndic (c'était, dans l'espèce, le demandeur au pourvoi) avait compromis par des actes abusifs et vexatoires les intérêts de la masse de la faillite, et la Cour de cassation décide que le juge du fond avait pu, sans violer aucune loi, sur les seules réquisitions du ministère public, condamner personnellement le syndic aux dépens. Il n'est pas douteux que si cette condamnation personnelle du syndic aux dépens avait été prononcée à titre de dommages-intérêts proprement dits, elle n'aurait pu l'être que contre le syndic ès-qualités. Serait-ce donc que les dépens peuvent quelquefois être considérés non plus comme un remboursement mais comme une réparation, une indemnité? Oui sans doute, et Domat (1) l'a très bien expliqué. « Outre ce dédommagement que les ordonnances obligent les juges d'adjuger à tous ceux qui gagnent leurs procès, il y avait dans le droit romain d'autres dommages-intérêts contre ceux dont les demandes ou les défenses se trouvaient n'être qu'une injustice ou une chicane; et on usait de cette précaution de faire jurer dès l'entrée de cause et le demandeur et le défendeur et leurs avocats que ce n'était point pour chicaner qu'ils plaidaient, mais qu'ils estimaient leur cause juste et bien fondée. Ce serment n'est pas de notre usage et il n'était aussi qu'une occasion sûre de parjures. Mais la condamnation des dommages-intérêts contre ceux qui intentent ou soutiennent de méchants procès avait été trouvée si juste que François Ier l'avait renouvelée, ayant ordonné qu'en toutes matières civiles et criminelles on adjugerait les dommages-intérêts procédant de la témé-

(1) *Loc. cit.*

rité de celui qui succomberait, s'ils étaient demandés et qu'ils seraient taxés et demandés par le même juge qui terminerait le procès. Quoique cette ordonnance soit aujourd'hui de très peu d'usage et qu'on ne voie que très rarement de pareilles condamnations, l'équité de cette règle n'est pas abolie et ne saurait l'être et les juges ont la liberté de l'observer dans les occasions où l'équité de ces lois peut y obliger. »

Cette judicieuse observation n'a rien perdu de son à-propos ni de sa portée et la condamnation aux dépens à titre de dommages-intérêts peut être prononcée par le juge, mais à une double condition : la première c'est que la partie les ait demandés, car autrement ce serait statuer *ultra petita* et il y aurait de ce chef ouverture à requête civile (C. pr. civ., 380, § 4) ; la seconde c'est que la condamnation soit basée non plus sur l'article 130 du Code de procédure civile, mais sur l'article 1382 du Code civil.

Deux observations générales dominent cette matière en ce qui concerne l'office des juges. La première c'est qu'ils sont investis d'un pouvoir discrétionnaire en matière de condamnation aux dépens (jurisprudence constante) ; la seconde, c'est que la partie gagnante ne pourra se faire restituer ce que l'on appelle les faux frais tels que ceux résultant de consultations, honoraires d'avocat, perte de temps, frais de déplacement, à moins qu'elle n'ait conclu à une allocation de dommages-intérêts de ce chef, et que d'autre part, si une condamnation intervient, elle ne soit pas uniquement basée sur la résistance de la partie qui succombe, mais sur une faute reprochée à celle-ci et dont les éléments soient suffisamment caractérisés.

Il nous suffira d'avoir indiqué sur cette question des dépens comme sur bien d'autres les principales règles de l'office du juge. Ici comme ailleurs nous devons nous en tenir aux idées les plus générales et renoncer à la prétention de donner une théorie dont l'exposé complet suffirait amplement à fournir la matière d'une monographie. Cette observation s'applique d'ailleurs à la plupart des sujets que nous avons effleurés dans celle-ci et qui auraient pu se prêter à de longs développements. Il semblerait que ceux-ci dussent nous mener au terme de cette étude puisque le jugement est précisément l'acte décisif par lequel le juge épuise sa juridiction et se dessaisit : *postquam semel sententiam dixit desinit esse judex*. Ce principe qui est de la plus haute importance ne souffre aucune contestation. Il est en effet admis unanimement que les jugements sont acquis aux parties d'une manière définitive et irrévocable du jour où ils ont été prononcés et que c'est aussi à partir de ce moment-là qu'ils produisent les effets qui y sont attachés par la loi, notamment le dessaisissement du juge qui les a rendus. L'article 458 du Code de procédure civile contient une application remarquable de cette conséquence au cas où le juge de première instance n'a pas ordonné l'exécution provisoire dans une espèce où il était autorisé à le faire. C'est alors au juge d'appel qu'il faut s'adresser pour obtenir cette exécution (1). Toutefois il n'est pas toujours vrai de dire que l'office du juge prend fin lorsqu'il a rendu sa sentence : il peut se faire qu'il lui reste en-

(1) Voyez notamment sur le dessaisissement résultant du prononcé de la sentence un jugement fort bien motivé rendu par le tribunal de Rethel le 8 février 1893 (D. P.94, 1, 91 les notes 1 et 2 et les autorités qui y sont citées).

core un mot à dire et que le dispositif de son jugement ne soit pas le dernier terme du procès. En réalité le juge peut être appelé à fixer le sens de sa propre décision et son rôle en pareil cas est quelquefois assez difficile pour que nous ayons plus que le droit, c'est-à-dire le devoir de nous en expliquer sommairement dans la section suivante.

SECTION II. — **De l'interprétation des jugements.**

Il résulte des principes que nous avons posés dans la première partie de ce travail que le juge est essentiellement un interprète. Qu'il s'agisse d'une loi, d'une convention, d'un testament, c'est toujours une volonté qu'il traduit, celle du législateur, des contractants, du *de cujus*. Son premier devoir est de ne point la méconnaître puisqu'il a pour mission de la faire exécuter. Mais ne peut-il pas arriver qu'en s'efforçant de découvrir et d'exprimer clairement la volonté d'autrui le juge soit exposé à ne pas manifester très nettement la sienne et que sa décision trahisse quelque obscurité ? L'hypothèse n'est pas invraisemblable et l'expérience démontre au contraire que certains jugements réclament impérieusement une interprétation. A qui appartiendra-t-il de la donner ? Est-ce au juge lui-même qui a rendu la sentence ? En d'autres termes, les juges ont-ils le droit de fixer le sens de leurs propres décisions et peuvent-ils user de ce droit sans faire échec à la règle précédemment rappelée : *postquam semel sententiam dixit*... etc. Une cour d'appel s'était prononcée jadis pour la négative. On lit en effet dans un arrêt de la Cour de

Nîmes du 24 août 1829 (1) « qu'il n'appartient dans aucun cas à la Cour d'interpréter ses arrêts quand bien même leurs termes ne seraient pas aussi clairs et aussi précis que ceux que l'on remarque dans l'espèce ». C'est une opinion, mais une opinion qu'il faut mentionner uniquement pour faire observer qu'elle est restée complètement isolée dans la jurisprudence, de même qu'elle a été dès longtemps repoussée par la doctrine, qui admet aussi le recours en interprétation.

« Ce recours, dit Carré (2), offre deux avantages certains : l'un que les parties se méprenant sur le véritable sens d'un jugement ne se fourvoient pas dans l'exécution ; l'autre, de prévenir les appels qui ne prendraient leur source que dans l'obscurité de la décision. »

Un très ancien arrêt de la Chambre des requêtes, rendu le 4 mars 1808 sous la présidence d'Henrion de Pansey, indique avec beaucoup de précision, quelle est la nature du pouvoir d'interprétation et en quoi il se distingue de la rétractation et de la proposition d'erreur. « Attendu, lisons-nous dans cet arrêt, qu'avant l'Ordonnance de 1667 il existait trois manières de se pourvoir contre les arrêts, indépendamment de la requête civile : la *correction* lorsqu'il y avait une erreur dans les qualités ; l'*interprétation* lorsqu'il y avait obscurité dans le dispositif de l'arrêt, et la *proposition d'erreur*, lorsque l'une des parties prétendait que la condamnation avait été la suite d'une erreur de fait ; que de ces trois manières la proposition d'erreur est seule abolie par l'Ordonnance de 1667, d'où il suit que les deux premières ont été maintenues par cette loi ; que la voie

(1) Dalloz, *Rép.*, V° *Jugement*, n° 332, note 3.
(2) T. I, p. 85 et suiv.

d'interprétation est encore implicitement maintenue par la déclaration du mois de septembre 1671 qui défend seulement aux juges de rétracter leurs arrêts sous prétexte de les interpréter, puisque défendre d'abuser d'une institution c'est bien plutôt la confirmer que la détruire. Attendu que, dans l'espèce, l'interprétation de l'arrêt du 16 prairial an IX et du jugement du 4 germinal an VIII était d'autant plus nécessaire que les parties et leurs experts prétendaient l'exécuter de chaque part dans deux sens opposés (1). »

Les Cours d'appel se conformèrent à cette jurisprudence et nous trouvons notamment dans un arrêt de la Cour d'Amiens du 24 août 1825 (2), un écho de l'arrêt des requêtes que nous venons de reproduire et en même temps des principes nettement posés :

« Considérant, disait la Cour d'Amiens, que bien qu'aucunes voies ne soient ouvertes pour attaquer un arrêt qui a le caractère de chose jugée que celles de cassation de requête civile et de tierce opposition, il ne s'ensuit pas que le recours en interprétation soit interdit dès lors qu'il ne tend qu'à obtenir l'explication et la rectification d'une rédaction qui présenterait un sens obscur et ambigu, et *non à faire apporter aucun changement, aucune modification à la chose jugée*; que c'est ainsi seulement que semblable demande était admise sous l'empire de l'Ordonnance de 1667 qui ne contenait, non plus que le Code actuel de procédure, aucune disposition explicite à cet égard; que les mêmes motifs existent encore pour ne pas lui donner plus d'extension ; que s'il n'en a pas été question dans le Code de procé-

(1) Dalloz, *Rép.*, V° *Jugement*, n° 333, page 331, note 1.
(2) *Ibid.*, note 2.

dure civile, c'est qu'elle n'a été et ne pouvait être considérée que comme une des contestations qui peuvent naître sur l'exécution d'un jugement ou d'un arrêt, dont la connaissance, aux termes de l'article 554 du Code de procédure civile, appartient au tribunal d'exécution. »

Cet arrêt, — et c'est pourquoi nous en avons reproduit les termes, — signale très exactement l'écueil que doit surtout éviter le juge lorsqu'il interprète la décision par lui rendue, à savoir : de ne porter aucune atteinte à l'autorité de la chose jugée.

Mais avant d'insister sur ce point, nous devons tout d'abord nous demander à quelles conditions préalables est soumis le recours en interprétation. La Cour d'Amiens l'a très bien dit dans l'arrêt que nous venons de reproduire : les tribunaux peuvent interpréter leurs jugements pourvu que les termes en soient obscurs ou ambigus. C'est là, suivant M. Dalloz (1), la condition absolue de l'extraordinaire mission qu'on leur reconnaît. Le pouvoir du juge ne peut s'exercer de nouveau qu'autant qu'il y a ambiguïté ou erreur matérielle échappée à l'inadvertance et se rectifiant en quelque sorte d'elle-même.

De ce principe la jurisprudence a depuis longtemps tiré cette conséquence que le jugement qui, interprétant une décision passée en force de chose jugée, lui attribue un sens qu'elle n'a pas nécessairement et qu'elle ne pourrait avoir sans violer la loi, encourt par là la cassation (2).

Le droit d'interprétation est général et absolu ; nous

(1) *Rép.* Vº *Chose jugée*, nº 343.
(2) Civ. Cass., 5 juillet 1831, *ibid.*, note 1, 2º espèce.

entendons par là qu'il existe à l'égard de toutes les décisions, quelles que soient les juridictions dont elles émanent. Mais il n'appartient pas indistinctement à toutes ces juridictions. C'est ainsi que des arbitres n'auraient pas le droit d'interpréter leur propre sentence et que c'est aux tribunaux ordinaires que les parties doivent s'adresser pour obtenir une interprétation qui leur paraîtrait nécessaire.

Après ces quelques considérations préliminaires, abordons la question dont l'examen se rattache directement à l'objet de ce travail et recherchons quelles sont les règles à suivre par le juge interprétateur de sa propre décision.

Il doit d'abord, comme en matière de conventions, car *judiciis quasi contrahimus*, s'attacher à donner l'explication la plus naturelle et non point celle qui demande le plus d'efforts, en s'attachant à rapprocher et à combiner les motifs et le dispositif de la décision qui lui est soumise, de façon à préciser exactement la chose jugée pour ne point s'exposer à la méconnaître. Pour mener à bien cette opération, il ne lui sera point inutile de se référer aux conclusions puisqu'elles ont délimité le débat en faisant connaître les prétentions respectives des plaideurs et que c'est d'après ces conclusions qu'il a statué en vertu du vieux dicton : *libello conformis debet esse sententia.*

La Chambre civile de la Cour de cassation a fait une application récente de cette régle lorsqu'elle a décidé qu'il appartient à tout juge devant lequel est présenté un moyen pris de la chose jugée d'apprécier, en s'aidant au besoin des conclusions sur lesquelles elle a été ren-

due, le sens et la portée de la décision invoquée comme fondement de ce moyen (1).

En second lieu le juge ne doit, sous aucun prétexte et dans aucun cas, rétracter ce qu'il a déclaré ni reprendre ce qu'il a accordé, mais dans le doute il doit toujours préférer et adopter le sens le moins onéreux pour la partie qui succombe en vertu du principe posé dans la loi 38, § 1, D., *de re judicata* : « *si diversis summis condemnent judices, minimam spectandam esse Julianus scribit* ».

Enfin et c'est là, comme on l'a déjà dit, le point capital, la règle fondamentale de la matière, le juge doit surtout éviter de porter atteinte à la chose jugée : « Attendu, en droit », dit un ancien arrêt de la Chambre civile (2), « que si, dans certains cas, les juges ont le pouvoir d'expliquer les dispositions de leurs arrêts qui présentent quelque ambiguïté, ils ne peuvent jamais, sous prétexte de les interpréter, en ordonner la rétractation et que les parties n'ont d'autres voies de recours pour les faire réformer que celles qui leur sont ouvertes par la loi. »

« Attendu », dit encore un autre arrêt plus récent (3), « que les pouvoirs du juge sont épuisés quand il a prononcé sa décision, et que, désormais, il ne lui appartient plus d'y rien ajouter comme d'en rien retrancher ; que l'interprétation destinée uniquement à éclaircir une rédaction obscure ou ambiguë, ne peut, en aucun cas, servir de prétexte à la violation de ce principe. »

(1) Civ. Rej., 25 juillet 1894, D. P. 95, 1, 141. *Adde*, Req., 7 juin 1893, D. P. 94, 1, 124.
(2) Civ. cass., 4 décembre 1822, D. *Rép.*, V° *Jugement*, n° 334, note 2.
(3) 28 avril 1852, D. P. 52, 1, 149.

Il faut donc tenir pour également certain que le juge a le droit d'interpréter la décision obscure ou ambiguë qu'il a rendue mais qu'il ne peut en rien modifier cette décision.

Il est à peine besoin d'ajouter que c'est aux juges souls qui ont rendu la sentence qu'appartient le droit de l'interpréter, de même que l'interprétation d'un acte n'appartient qu'à l'autorité dont il émane. C'est un principe que pose très nettement un décret rendu au Conseil d'État le 17 janvier 1814 et qui porte : « Considérant que si c'est un principe constant que les tribunaux ne peuvent interpréter les actes administratifs ni en suspendre l'exécution, c'est un principe également consacré par une jurisprudence constante que l'autorité administrative n'a pas plus de droit à l'égard des jugements ou arrêts rendus par les Cours et tribunaux. »

La Cour de cassation a maintes fois posé la règle que nous rappelions tout à l'heure, à savoir que lorsqu'un jugement présente quelque obscurité les juges dont il émane ont seuls le droit d'en expliquer le sens : « Attendu, a dit tout récemment encore la Chambre des requêtes (1), que si le sens de la décision paraissait obscur, c'était à la Cour qui l'avait rendue qu'il fallait en demander l'interprétation. »

Il ne faut pas confondre, dit une note de M. Dalloz (2) à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 4 juin 1892, l'exécution des jugements avec leur interprétation. Lorsqu'il s'agit d'exécution, l'article 472 du Code de procédure civile distingue suivant que le jugement du tribunal de première instance a été confirmé ou infirmé par

(1) Req., 18 mars 1895, D. P. 95, 1, 152.
(2) D. P. 93, 2, 204.

la Cour d'appel et c'est seulement dans ce dernier cas qu'il attribue compétence à cette Cour pour statuer sur les difficultés d'exécution. Mais il n'y a aucun texte semblable en ce qui concerne l'interprétation : aussi est-ce une règle admise unanimement aujourd'hui en doctrine et en jurisprudence que l'interprétation d'un jugement appartient toujours et dans tous les cas à la juridiction même qui a rendu ce jugement. C'est l'application de la vieille mxime *ejus est interpretari cujus est condere*. La Chambre civile, dans un arrêt du 15 novembre 1887 (1), en a tiré cette conséquence, que dans le cas où le jugement a été confirmé par adoption de motifs, c'est cette Cour et non le tribunal de première instance qui est compétente pour interpréter ce jugement. Cet arrêt est très intéressant dans son ensemble parce qu'il pose avec une grande netteté les principes qui régissent la matière de l'interprétation et particulièrement la règle fondamentale qui la domine.

Mais le juge n'est pas seulement obligé de ne point préjudicier à l'autorité de la chose jugée ; il est des cas où la loi lui fait un devoir de ne point préjuger ce qui deviendra plus tard cette chose elle-même, et d'éviter avec soin d'y porter une atteinte préalable. On comprend que nous faisons allusion au cas où le juge statue en état de référé.

Cette matière est trop importante et d'un intérêt pratique trop considérable pour que nous ne lui consacrions pas quelques pages qui feront l'objet d'un dernier chapitre où nous essaierons de fixer en terminant les règles

(1) Civ. cass., 15 novembre 1887 et les autorités citées en note, D. P. 89, 1, 152.

générales d'après lesquelles le juge devra se comporter en pareil cas.

Précisons encore ici que de même qu'il a été uniquement question dans tout ce qui précède du juge d'arrondissement, il ne sera question dans ce qui va suivre que du juge des référés et nullement du juge des requêtes. Encore que l'étendue de ses pouvoirs donne lieu à des questions fort intéressantes (1) leur examen est exclu par notre titre même, puisqu'elles se rattachent directement à la juridiction gracieuse dont nous ne songeons nullement à nous occuper.

(1) Voir à cet égard *De la notion de juridiction gracieuse en droit français*, par Alexandre Lepas, avocat à la Cour d'appel, 1 vol. in-8, Paris, Arthur Rousseau, 1896.

CHAPITRE IV

DE L'OFFICE DU JUGE EN MATIÈRE DE RÉFÉRÉ.

Il n'entre nullement dans notre pensée d'entreprendre ici un commentaire des articles 806 à 811 du Code de procédure civile ni moins encore d'écrire un traité même très sommaire sur la matière des ordonnances de référé. Il s'agit uniquement de marquer en quelques traits l'office du juge, lorsqu'il statue en conformité de ces articles, et de signaler, suivant la méthode que nous avons suivie jusqu'ici, les principaux écueils qu'il doit éviter. La jurisprudence, celle des cours d'appel surtout, est, comme on le sait, très riche en cette matière et nous lui demanderons plus encore que partout ailleurs, d'utiles indications.

« D'après les anciens principes, dit M. Dalloz (1), comme d'après le Code qui nous régit, les pouvoirs du juge en référé semblent devoir être fort restreints et se borner à des mesures essentiellement provisoires et qui ne doivent porter aucune atteinte au principal (C. pr. civ., art. 809). Mais nous verrons qu'insensiblement la jurisprudence a ajouté extrêmement à la compétence des juges de référé, en donnant aux diverses dispositions du Code et particulièrement à l'article 806 une étendue qui certainement n'a pas été dans la pensée du législateur. »

(1) *Rép.*, V° *Référé*, p. 93.

Le principe qui domine cette matière c'est qu'en aucun cas le juge du référé ne peut statuer sur le fond même du droit (1). C'est ce qui résulte de l'article 809 aux termes duquel les ordonnances sur référés ne feront aucun préjudice au principal. La clarté et la précision de ce texte ont permis de résoudre une difficulté qui n'est plus aujourd'hui qu'un souvenir et qui tenait à la rédaction de l'article 806.

Dans tous les cas d'urgence, porte cet article, ou lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci-après.

Un magistrat éminent dont il est impossible de ne pas rencontrer le nom, aussitôt que l'on pénètre dans la région des référés, M. le président Debelleyme (2), avait argumenté de ce texte pour prétendre que le législateur avait établi intentionnellement une distinction entre les cas d'urgence et ceux où il s'agit de statuer sur l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, et pour soutenir qu'au premier cas l'ordonnance de référé pourrait revêtir le caractère d'une décision définitive. Mais cette opinion justement combattue par la doctrine la plus autorisée (3) n'a point prévalu dans la jurisprudence qui, tout en reconnaissant que la rédaction de l'article 806 était vicieuse, n'a pas hésité à faire prévaloir comme un principe absolu la règle posée par l'article 809.

(1) Le juge ne peut joindre le provisoire au fond pour être statué sur le tout par un même jugement sans commettre un déni de justice. Bioche, t. I, p. 178.

(2) T. I, p. 376.

(3) Voyez notamment Boitard, t. II, p. 523.

Cette règle constitue comme une sorte de trait d'union entre la matière dont nous nous occupons et celle dont nous venons de traiter. Nous avons vu en effet, dans le chapitre précédent, que le juge appelé à interpréter sa propre décision ne pouvait jamais rien y ajouter ni en rien retrancher ; de même ici, le juge des référés appelé à régler une difficulté qui s'élève sur l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement doit se garder de modifier ce titre dans ses effets et de substituer son appréciation personnelle à celle des magistrats ou à ce qui résulte de l'intention des parties. Nous n'avons pas besoin d'ajouter qu'ici encore le juge est lié par sa propre ordonnance comme le juge du principal par son jugement et que l'ordonnance prononcée est définitivement acquise aux parties. La loi interdit également à tous les juges les retours de volonté lorsqu'ils l'ont exprimée dans une décision régulière.

Au surplus, la plupart des règles qui s'imposent au juge dans l'œuvre de la juridiction ordinaire retrouvent leur application quand il statue comme juge des référés, et elles ne sont modifiées que par la nature de ses attributions telles qu'elles sont déterminées par le caractère spécial de cette juridiction. C'est ainsi que le juge des référés reste soumis à toutes les prescriptions générales qui ont fait l'objet de la première partie de ce travail et qui concernent l'obligation de vérifier la compétence, le déni de justice, l'excès de pouvoir, etc.

Et pour ne parler d'abord que de la compétence, on s'est demandé au président de quel tribunal doit être soumis le référé. Faut-il suivre la règle de compétence posée dans l'article 59 du Code de procédure civile et

saisir par suite le président (1) du domicile du défendeur, ou bien s'adresser de préférence au président du tribunal du lieu où est née la difficulté? La majorité des auteurs se prononce aujourd'hui pour la compétence de ce dernier magistrat et la jurisprudence paraît fixée en ce sens. Nous ne citerons à cet égard qu'un seul arrêt rendu le 12 février 1889 (2) par la Chambre des requêtes dans l'affaire de la *Mutuelle de Valence*. Cette décision, fait observer M. Dalloz (3), est d'autant plus intéressante qu'elle est intervenue dans une espèce où le contrat litigieux contenait une attribution de juridiction pour le débat au fond et l'arrêt a dit néanmoins :

« Attendu, d'autre part, qu'en constatant qu'il s'agissait d'une mesure urgente, d'un caractère purement provisoire et ne préjugeant pas le principal, l'arrêt attaqué a par là même justifié la compétence en référé du tribunal civil du Mans où l'incendie s'était produit et où l'expertise devait nécessairement avoir lieu ; qu'en effet, en établissant une procédure spéciale fondée sur l'urgence, le législateur, ainsi que l'indique l'article 554 du Code de procédure civile, a nécessairement entendu que, hors le cas d'incompétence *ratione materiæ*, le juge compétent serait celui du lieu où les constatations doivent être faites; qu'autrement les parties seraient exposées à des retards préjudiciables et que l'intérêt de

(1) Le président est le juge de droit des référés, à son défaut le vice-président et à défaut de ce dernier l'un des juges par rang d'ancienneté, mais à la condition que le défaut d'empêchement du vice-président soit dûment constaté à peine de nullité. Nancy, 26 février 1876, D. P. 76, 1,313.

(2) D. P. 92, 1, 382.

(3) *Rép. supp.*, V° *Référé*, n° 4.

célérité qui sert de fondement à cette procédure ne recevrait pas satisfaction. »

Abordons la véritable incompétence c'est-à-dire l'incompétence *ratione materiæ.*

La voie du référé est autorisée par la loi *utilitatis causa*: 1° dans tous les cas d'urgence; 2° lorsqu'il s'agit de statuer sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement (Art. 806). Il y a peu de dispositions plus claires et plus simples ; il n'en est pas qui soulève de plus nombreuses difficultés dans l'application.

« *Dans tous les cas d'urgence....* » Cette formule est-elle aussi absolue que semble le comporter la généralité de ses termes ? Notamment le juge des référés est-il compétent lorsque l'urgence est alléguée pour ordonner des mesures provisoires relatives à des contestations rentrant dans la compétence d'une juridiction autre que celle des tribunaux ?

La question depuis longtemps discutée en doctrine s'est présentée en 1872 devant la Cour de cassation. La Chambre civile l'a résolue négativement par un arrêt de cassation du 18 décembre (1) qui a fixé la jurisprudence dans une affaire où il s'agissait d'un dommage causé aux champs et récoltes par les animaux et par conséquent d'une matière qui, d'après l'article 5, § 1, de la loi du 25 mai 1838 rentre dans les attributions des juges de paix. La partie doctrinale de cet arrêt est ainsi conçue :

« Vu les articles 806 et 807 : attendu que ces articles placés sous la rubrique des référés au titre XVI, livre V du Code de procédure civile, ne sauraient s'appliquer

(1) D. P. 73, 1, 129 et la note.

aux matières dont les juges de paix doivent connaître suivant la loi de leur institution ; que pour ces matières en effet il a été particulièrement pourvu aux cas d'urgence par l'article 6 du même Code au titre Ier du livre I concernant les justices de paix ; que c'est cet article seul qui régit la procédure à suivre en pareil cas et qu'il se borne à permettre alors une abréviation de délais ; que le législateur n'a pas voulu ouvrir la voie du référé pour des contestations qui ressortissant aux justices de paix peuvent être vidées immédiatement et presque sans frais par le juge du fond. »

Cet arrêt ne fait qu'appliquer à la juridiction des juges de paix un principe général d'après lequel le juge de l'action principale est seul compétent pour connaître des mesures provisoires qui s'y rattachent. Or, il n'est pas douteux que le pouvoir donné au président du tribunal civil de prescrire des mesures d'urgence pour des contestations qu'il ne saurait juger au fond serait en opposition avec ce principe. Il faudrait un texte précis pour admettre que le législateur a voulu y déroger en matière de référés ; or ce texte n'existe pas.

La même question que nous venons d'examiner en ce qui concerne les matières dont la connaissance appartient aux juges de paix a été longtemps discutée par la doctrine et diversement jugée par les tribunaux en ce qui touche les matières administratives. Mais un arrêt de la Chambre civile du 13 juillet 1871 (1), rendu au rapport de M. Larombière dans l'affaire de la Fabrique de St-Ferdinand de Teres contre le curé de cette paroisse, a mis fin à toute controverse en posant et en affirmant

(1) D. P. 71, 1, 183.

plus nettement encore le principe que nous rappelions tout à l'heure.

« Attendu », porte cet arrêt, « que la compétence du juge des référés repose sur le même principe que celle des tribunaux ordinaires ; que dans les cas où, à raison de la matière, la connaissance de la cause appartient comme dans l'espèce à l'autorité administrative, leur incompétence est aussi absolue sur le provisoire que sur le principal et au fond ; qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué a fait une exacte application des lois sur la matière. »

Il n'en est pas autrement pour les matières commerciales. Depuis longtemps déjà la doctrine tenait pour l'incompétence du tribunal civil et M. Debelleyme paraissait approuver cette opinion lorsque la Cour de cassation a été appelée à se prononcer sur la question. Par un arrêt du 1er décembre 1880 (1), la Chambre civile, après délibération en la chambre du conseil, a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble qui avait décidé que la juridiction du référé était commune aux matières civiles et commerciales, ainsi que l'indiquent et l'usage général qui en est fait, et la place que sa réglementation occupe dans le Code de procédure civile et son objet qui comprend l'exécution provisoire et d'urgence tant des actes en général que des jugements, exécution qui même en matière commerciale n'est pas laissée aux tribunaux de commerce. La Chambre civile répudia et censura cette doctrine dans les termes suivants :

« Vu les articles 806 et 807 du Code de procédure civile : Attendu que le juge compétent pour statuer au fond est par là même seul compétent pour statuer sur

(1) D. P. 81, 1, 5 et la note.

le provisoire; — Attendu que les articles 806 et suivants du Code de procédure civile qui ont institué les référés ne dérogent pas à cette règle et ne s'appliquent qu'aux matières qui sont de la compétence des tribunaux civils; — Attendu qu'en matière commerciale il a été pourvu aux cas d'urgence par les articles 417 et 418 du Code de procédure civile, aux termes desquels le président du tribunal de commerce peut permettre d'assigner devant le tribunal de jour à jour et même d'heure à heure, et de saisir les effets mobiliers, et par l'article 439 qui permet aux tribunaux de commerce d'ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements; — Attendu dès lors qu'en statuant en référé sur une demande dont le caractère commercial n'est pas contesté, l'arrêt attaqué a méconnu les règles de la compétence et violé les articles 806 et 807 précités. »

Cette décision a fait cesser les divergences qui s'étaient produites dans la jurisprudence des cours d'appel et a complété celle de la Cour de cassation qui restreint ainsi d'une façon absolue aux affaires déférées aux tribunaux civils la compétence et la procédure propres à la juridiction des référés.

A la matière de l'incompétence se rattache de la façon la plus directe et la plus étroite comme nous l'avons vu précédemment celle de l'excès de pouvoir. Or il est certain que le juge du référé ne peut prononcer que dans les deux cas limitativement déterminés par l'article 806. Le Code de procédure a spécialement prévu certains cas d'urgence (1), mais l'énumération qu'on en peut faire n'est pas complète et bien d'autres qu'il n'a point prévus

(1) Voir notamment les articles 606, 607, 661, 734, 786, 829, 845, 852, 921, 922, 944, 948.

rentrent dans le pouvoir discrétionnaire du président du tribunal. On entend par urgence en cette matière la nécessité de pourvoir à une situation qui en se prolongeant entraîne des périls et permet de redouter un dommage prochain (1). La loi a abandonné à l'appréciation discrétionnaire et souveraine du juge des référés les cas innombrables d'urgence qui peuvent déterminer sa compétence, sans que sa décision tombe à cet égard sous le contrôle de la Cour de cassation.

C'est ce que la Chambre des requêtes a décidé dans l'importante affaire de la ville de Marseille contre les liquidateurs de la Société immobilière par un arrêt du 14 mars 1882 où nous lisons : « Sur le moyen de cassation tiré d'un excès de pouvoir, etc... Attendu qu'aux termes de l'article 806 du Code de procédure civile il y a lieu à référé dans tous les cas d'urgence ; que par cette disposition générale le législateur a abandonné à l'appréciation discrétionnaire du juge des référés les cas divers qui peuvent déterminer sa compétence ; Attendu que l'arrêt attaqué déclare, en fait, qu'il y avait urgence dans l'espèce, parce qu'on ne pouvait laisser sans péril aux mains de locataires plus ou moins solvables, pendant toute la durée d'une instance en saisie-arrêt, les loyers frappés d'opposition par la ville de Marseille ; que cette déclaration est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation. »

Dans cette affaire le pourvoi reprochait à la Cour d'appel d'Aix d'avoir commis un excès de pouvoir en ce que son arrêt aurait autorisé les liquidateurs à percevoir en leur qualité et au besoin en celle de séquestre,

(1) Pigeau, *Procédure civile*, t. II, p. 49 ; Boitard, t. II, p. 524 ; Dall., *Rép.*, V° *Référé*, nos 6, 95 et 96.

les loyers échus et à échoir saisis, jusqu'à ce que la ville se fût fait attribuer exclusivement par la justice le montant des dits loyers. Le pourvoi prétendait que la mesure cessait d'être conservatoire ou provisoire alors qu'elle consistait à autoriser le liquidateur d'une société dissoute à toucher, au mépris de l'opposition dont ils étaient frappés, des loyers saisis-arrêtés, encore bien que cette perception ne dût pas dépasser la durée de l'instance en validité. Le demandeur soutenait qu'au tribunal civil seul il appartenait d'ordonner la mainlevée de la saisie-arrêt et que le juge du référé empiétait sur les attributions de cette juridiction en ordonnant une mesure qui équivalait à la mainlevée de la saisie, puisqu'elle autorisait le débiteur à percevoir les deniers arrêtés entre les mains de son locataire. Mais la Chambre des requêtes estima que l'arrêt attaqué n'ayant statué qu'à titre provisoire et sans faire préjudice au principal, la Cour d'Aix n'avait commis aucun excès de pouvoir et le pourvoi fut en conséquence rejeté.

Les pouvoirs du juge des référés sont en effet bornés, comme l'arrêt précité vient de le rappeler, à des mesures essentiellement provisoires qui ne peuvent préjuger le fond du procès : en d'autres termes, le juge des référés n'a, en aucun cas, le pouvoir de statuer sur le fond même du droit ; son rôle doit se borner à prescrire ou à prévenir une mesure, à hâter ou à suspendre une exécution, et si son ordonnance peut être, en cas d'urgence, une décision définitive, cette décision, comme on dit dans le langage de la pratique, ne peut jamais faire grief au principal.

La Cour de Poitiers a fait une application très intéressante de ces principes dans une affaire fort délicate

où le président du tribunal avait ordonné par voie de référé que la supérieure d'un couvent de Carmélites serait tenue, dès la signification de l'ordonnance par lui rendue, de faire sortir de son couvent, sans délai, une religieuse de son ordre dont la famille poursuivait l'interdiction, et avait fait défense à cette supérieure de recevoir cette religieuse dans son couvent pendant toute la durée du procès. Le demandeur en référé avait également conclu à une allocation de dommages-intérêts, et le juge du référé avait décidé que faute de se conformer aux prescriptions et prohibitions de son ordonnance, la supérieure du monastère paierait au dit demandeur une somme de 500 francs à titre de dommages-intérêts pour chaque jour de retard, lesquels devaient commencer à courir à partir de la signification de l'ordonnance jusqu'à son exécution.

La Cour de Poitiers saisie d'un appel de cette ordonnance la réforma sur tous les points par un arrêt du 6 août 1879 (1) qui décida notamment : 1° qu'il n'y avait point urgence ; 2° que, quant aux mesures qu'il pouvait y avoir lieu de prendre à l'égard de la personne dont l'interdiction allait, disait-on, être poursuivie, elles étaient soumises à des règles spéciales et n'étaient, sous aucun rapport, de la compétence du juge des référés ; 3° qu'il était inadmissible qu'il puisse être statué par voie de référé sur une question intéressant la liberté des personnes et des consciences ; qu'en définitive, c'était à tort que le président du tribunal, en renvoyant les parties à se pourvoir au principal, avait néanmoins retenu l'affaire en référé et statué sur la demande.

(1) D. P. 79, 2, 263 et la note.

Une note placée sous cet arrêt dans le répertoire de Dalloz rappelle que, d'après un autre principe consacré par la jurisprudence, le juge statuant en référé ne peut accorder de dommages-intérêts. Dans l'espèce, dit l'arrêtiste, la condamnation prononcée par le juge du référé n'était, il est vrai, qu'une condamnation accessoire et une sanction ajoutée à l'ordonnance. Mais sous cette forme même, elle ne pouvait être maintenue. En renvoyant les parties à se pourvoir au principal et en retenant néanmoins l'affaire en référé, le président se contredisait lui-même ; il tranchait d'un côté une question sur laquelle, de l'autre, il se déclarait incompétent et attachait à sa décision une sanction que le tribunal seul, après audition des parties, pouvait accorder. Cette condamnation accessoire constituait donc plus encore que la mesure provisoire elle-même un préjugé du fond et par conséquent un excès de pouvoir.

Mais si, aux termes de l'article 809 du Code de procédure civile, les ordonnances de référé ne doivent faire aucun préjudice au principal, il n'en résulte point que dans aucun cas le juge du référé n'ait qualité pour prescrire, à titre provisoire, une mesure susceptible de causer à l'une des parties un préjudice irréparable. C'est ce qu'a jugé la Chambre des requêtes par un arrêt du 17 février 1874 (1), lequel décide que, spécialement en cas de saisie-arrêt, le juge du référé peut, sans excéder ses pouvoirs, autoriser le débiteur saisi à toucher provisoirement les quatre cinquièmes de ses appointements, en se fondant sur le caractère alimentaire de ce salaire. Après avoir posé le principe ci-dessus rappelé l'arrêt

(1) D. P. 74, 1, 444.

s'exprime en ces termes : « Attendu que, dans l'espèce, le président du tribunal de la Seine et la Cour d'appel de Paris n'ont pas statué sur le mérite au fond de la saisie-arrêt pratiquée par le demandeur, qu'ils se sont bornés à autoriser le défendeur éventuel à toucher provisoirement, nonobstant cette saisie, les quatre cinquièmes des appointements, en se fondant sur ce que cette portion des salaires lui était indispensable pour subvenir à ses besoins et à ceux de sa famille ; que le caractère éminemment urgent de cette mesure est incontestable et qu'elle n'excédait pas les pouvoirs du juge des référés. »

Examinons encore une autre espèce également intéressante qui a été soumise à la Cour de Nîmes dont l'arrêt a subi le contrôle de la Cour de cassation. Nous avons vu précédemment que la jurisprudence est aujourd'hui fixée en ce sens que la compétence du juge des référés doit être restreinte aux litiges dont la connaissance appartient quant au fond aux tribunaux ordinaires, et que les articles 806 et suivants du Code de procédure civile sont inapplicables dans toutes les matières réservées par la loi à une juridiction spéciale. De ce nombre sont les actions possessoires dont la connaissance appartient aux juges de paix. Le juge des référés pourrait-il néanmoins se déclarer compétent pour statuer sur une action de cette nature ? La raison de douter est que le débat sur la possession semble présenter un caractère provisoire, tandis que le litige sur le pétitoire constitue le débat au fond ; que, d'autre part, le juge du référé faisant partie de la juridiction à laquelle appartient ce débat est par là même compétent pour statuer sur le possessoire. La négative paraît néanmoins avoir prévalu

par ce motif que les actions possessoires constituent des instances absolument distinctes du procès au pétitoire et qu'elles sont attribuées à la juridiction spéciale des juges de paix. C'est ce que semble avoir jugé, implicitement tout au moins, l'arrêt de la Chambre des requêtes dont nous parlions plus haut, arrêt conforme en ce point à l'opinion de M. Debelleyme (1). Nous disons implicitement, car cet arrêt ne s'est point prononcé en matière d'action possessoire proprement dite, mais sur une décision appréciant une demande tendant à faire cesser l'obstacle à des travaux que le demandeur avait entrepris sur son terrain et à l'appui de laquelle il excipait à la fois de l'urgence et de son droit de propriété. Il y avait là une situation bien voisine de la complainte ; mais il faut remarquer cependant que la possession du demandeur en référé n'était dans l'espèce nullement en question, et le juge n'avait point dès lors à se demander si cette possession présentait les conditions exigées par la loi pour autoriser l'exercice de la complainte. Quoi qu'il en soit, voici en quels termes s'est prononcée la Chambre des requêtes (2) en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Nîmes qui avait confirmé l'ordonnance du juge du référé :

« Attendu qu'aux termes de l'article 806 précité, il y a lieu à référé dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agit de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement ; — Attendu que la demoiselle Achardy, en demandant au président d'Uzès jugeant en référé de faire cesser certains actes de la commune de Sanilhac mettant obstacle

(1) T. 2, p. 15, § 6.
(2) 20 juillet 1882, D. P. 83, 1, 162 et la note.

aux travaux de construction qu'elle avait entrepris dans une parcelle de terrain dite Tourrevieille, excipait tout à la fois de l'urgence et de son droit de propriété sur ladite parcelle, droit résultant de différents jugements et notamment d'un acte authentique de transaction de 1680 ; — Attendu que cette demande ainsi formulée ne *pouvait être considérée comme une action possessoire* exclusive de toute question de propriété à trancher et qu'elle constituait une de ces difficultés pour lesquelles, en cas d'urgence, l'article 806 accorde une compétence spéciale au juge du référé. »

Ce même arrêt va nous fournir une transition pour passer à l'étude du deuxième cas de compétence du juge des référés, celui où il s'agit de statuer sur les difficultés relatives à l'exécution des actes exécutoires et des jugements.

Il n'est pas douteux que le juge du référé ne soit compétent pour apprécier la portée des actes invoqués devant lui lorsque cette appréciation ne peut donner lieu à aucune discussion sérieuse. Mais si le sens en est douteux on s'est demandé s'il avait le pouvoir de les interpréter. La doctrine et une jurisprudence presque unanime se sont prononcées pour la négative.

Dans l'espèce de l'arrêt que nous étudions le pourvoi reprochait à la décision des juges du fond d'avoir méconnu cette règle en se livrant à une interprétation de titres qui excédait leurs pouvoirs. La Chambre des requêtes, dans un considérant très sommaire, a affirmé que la Cour de Nîmes n'avait pas excédé son pouvoir d'interprétation. On pourrait conclure de là, fait observer l'arrêtiste, que dans la pensée de la Chambre des requêtes, le juge a, dans une certaine mesure au moins,

le pouvoir d'interpréter les actes invoqués devant lui. S'il en était ainsi, l'arrêt serait en contradiction manifeste avec la doctrine et la jurisprudence, mais il serait peut-être excessif d'attribuer une telle portée à un motif exprimé en termes aussi laconiques.

Le juge des référés n'est en effet compétent que pour statuer sur les difficultés que soulève l'exécution d'un titre exécutoire et nullement sur celles que pourrait offrir son interprétation. L'article 806, loin de donner au juge du référé le droit de modifier les dispositions ou de restreindre les effets d'un titre exécutoire, lui impose au contraire l'obligation d'en maintenir l'entière autorité et d'en assurer l'exécution. Tel est le sens de la maxime « provision est due au titre ».

La Chambre des requêtes en a fait une application assez récente dans un arrêt du 18 février 1882 (1) qui a nettement déterminé les pouvoirs du juge du référé dans une espèce où il s'agissait d'assurer l'exécution d'une clause pénale de résiliation insérée dans un bail authentique. La Société générale d'imprimerie et de librairie demanderesse au pourvoi prétendait établir, au point de vue des pouvoirs du juge du référé, une distinction entre les contestations relatives à l'existence de la clause de résiliation et les contestations fondées sur une renonciation à l'exercice de cette clause. Elle soutenait en fait qu'en acceptant sans réserves le paiement du terme de loyer qui avait donné lieu aux poursuites, le propriétaire avait abandonné son droit de résiliation, et en droit que cet abandon résultant d'un titre qui émanait du propriétaire lui-même, bénéficiaire de la clause, le juge du

(1) D. P. 83, 1, 264.

référé pouvait ordonner un sursis à l'exécution en déclarant qu'il y avait contestation sur le fond du droit. La Cour de cassation repousse cette prétention dans les termes suivants : « Attendu que le juge du référé est compétent pour statuer sur les difficultés que soulève l'exécution d'un titre exécutoire et qu'il ne peut, sur la seule allégation du débiteur que le créancier a renoncé à un droit inscrit à son profit dans le titre lui-même, renvoyer les parties à se pourvoir au principal, sous prétexte de contestation sur le fond. » Et après avoir rappelé le fait l'arrêt concluait en disant : « Attendu que cette prétention ne saurait être considérée comme une contestation sur le fond de nature à arrêter l'exécution d'un titre authentique incontesté auquel « provision » était due. »

Aux termes de l'article 806, avons-nous dit, le juge des référés est compétent pour statuer sur les difficultés relatives à l'exécution des jugements aussi bien que des actes exécutoires ; mais là, comme en matière d'interprétation, il ne peut, sans excéder ses pouvoirs, modifier les dispositions de ces jugements ou en rectifier le sens. Le juge des référés doit en effet se borner à ordonner l'exécution de la décision judiciaire dans les termes où elle a été rendue ; il ne peut se constituer réformateur ou correcteur des jugements ou arrêts ; son rôle se borne à en prescrire, s'il y a lieu, la mise à exécution (1).

Nous ne saurions songer à passer en revue les innombrables espèces dans lesquelles le juge du référé a affirmé sa compétence pour trancher provisoirement les dif-

(1) Lyon, 12 mai 1883, D. P. 84, 2, 39 et la note.

ficultés relatives à l'exécution d'un jugement, mais nous devons rappeler que la jurisprudence est allée très loin dans cette voie, se montrant ainsi favorable à l'extension souvent constatée et quelquefois critiquée que prennent, à Paris surtout, les attributions du juge des référés.

L'observation en a été faite récemment encore au sujet d'un arrêt de la Chambre des requêtes (1) qui a rejeté un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Paris dans les circonstances suivantes. Cet arrêt avait reconnu au juge des référés le droit de décider qu'il ne serait pas tenu compte d'une saisie-arrêt opérée dans le but d'entraver l'exécution d'un jugement. Cette solution, dit l'arrêtiste, paraît absolument contraire au texte de l'article 567 du Code de procédure civile, aux termes duquel les demandes en validité ou en mainlevée de saisie-arrêt doivent être portées devant le tribunal. Mais l'arrêtiste reconnaît lui-même que la décision de la Chambre des requêtes n'entend pas conférer d'une manière absolue au juge des référés le droit de donner mainlevée d'une opposition, ce qui aurait été en contradiction avec une jurisprudence bien établie de cours d'appel ; elle se borne à déclarer que l'opposition formée entre les mains du débiteur au préjudice d'un tiers sur des sommes attribuées à ce dernier par des décisions de justice définitives ne pouvait être un motif légal pour différer l'application de décisions exécutoires que la demanderesse n'avait pas attaquées.

Pour terminer sur cette question de l'excès de pouvoir en matière de référé nous rappelons un arrêt de

(1) 7 janvier 1885, D. P. 85, 1, 192 et la note.

cassation du 6 février 1877 (1) qui pose les principes avec une netteté remarquable dans une espèce d'un incontestable intérêt pratique. L'arrêt attaqué statuant en état de référé disposait que dans le délai de huitaine et sous une contrainte de 200 francs par jour de retard, Me Royer serait tenu de remettre sur récépissé à Me Dulong, avoué en appel des défendeurs, les pièces qu'il avait entre les mains, pour les dites pièces lui être rendues directement après l'arrêt du fond. Il s'agissait en fait de grosses ou expéditions de divers actes que le demandeur en cassation se prétendait fondé à retenir parce qu'elles lui avaient été remises par les défendeurs, en sa qualité d'avoué de première instance, pour l'accomplissement de son mandat légal dans un précédent procès dont les frais lui étaient encore dus. C'est en cet état des faits que la Chambre civile statue en droit dans les termes suivants :

« Vu l'article 809, § 1, du Code de procédure civile :

« Attendu que le juge des référés n'a qu'une juridiction restreinte aux simples mesures provisoires ; qu'il ne peut, même en cas d'urgence, rien prescrire qui soit de nature à porter atteinte au principal ; qu'il ne saurait dès lors, sans excéder ses pouvoirs, statuer sur l'existence ni régler l'effet ou l'étendue d'un privilège contesté ou d'un prétendu droit de rétention ; qu'ordonner à l'avoué non payé de ses frais et qui excipe de son droit de rétention, de se dessaisir des pièces qu'il tient de ses anciens clients pour les remettre même temporairement à leur nouveau mandataire, et ce sous une contrainte pécuniaire, c'est en réalité statuer sur le fond du droit

(1) D. P. 77, 1, 79.

litigieux, en déterminer la portée et préjudicier ainsi au principal. D'où il suit qu'en statuant comme il l'a fait, l'arrêt attaqué a commis un excès de pouvoir et ouvertement violé l'article de loi ci-dessus visé. »

Enfin la Chambre civile par un arrêt de rejet du 20 mars 1886 (1) paraît avoir mis fin à une controverse qui s'était produite entre les cours d'appel sur la question de savoir si le juge qui statue en matière de référé peut condamner aux dépens faits tant en première instance qu'en appel la partie qui a contesté mal à propos la compétence du juge du référé.

« Attendu, dit cet arrêt, que Dubois ayant mal à propos, soit en première instance, soit dans ses conclusions déposées devant la Cour d'appel, contesté la compétence du juge du référé, l'arrêt attaqué a pu condamner ledit Dubois en tous dépens tant de première instance que d'appel. »

Il est à peine besoin de dire que le plus grave des excès de pouvoir que le juge des référés pourrait commettre serait sans contredit celui qui consisterait à rapporter par une nouvelle ordonnance la mesure prescrite par l'ordonnance précédente. En d'autres termes, le juge des référés est lié par ses ordonnances comme les juges des tribunaux ordinaires par leurs jugements et la décision une fois prononcée est acquise aux parties.

C'est une question fort controversée que celle de savoir si le juge des référés peut accorder un terme de grâce et d'une manière plus générale suspendre l'exécution d'un titre exécutoire. La négative a été décidée, et avec juste raison, croyons-nous, par un récent arrêt de

(1) D. P. 86, 1, 408.

la Cour d'appel de Besançon (1) en des termes qui ne laissent rien à reprendre : « Attendu qu'en accordant à Goux les délais qu'il sollicitait, le juge des référés a excédé ses pouvoirs ; que l'article 806 du Code de procédure civile, qui lui donne la faculté de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire, ne lui donne pas le droit de paralyser cette exécution en accordant des délais au débiteur poursuivi ; qu'il lui impose au contraire l'obligation d'écarter, au moins provisoirement, tous les obstacles qui s'opposent à l'exécution forcée du titre auquel provision est due ; qu'accorder un délai n'est pas statuer sur une difficulté, que d'autre part le délai peut avoir pour résultat de soustraire définitivement le gage du créancier à toute action utile de ce dernier, que cette mesure n'a donc rien de provisoire, qu'elle ne laisse rien à juger au principal sur la question de délai tranchée définitivement et excède par suite la compétence du juge du référé. »

Le même arrêt juge en outre une autre question fort intéressante mais sur laquelle nous n'insisterons pas parce qu'elle ne nous paraît pas rentrer dans le cadre de cette étude. Il décide que l'appel qui a pour objet d'apprécier si le juge des référés a dépassé sa compétence ou excédé ses pouvoirs est toujours recevable.

Mais puisque nous rencontrons le mot appel nous placerons ici une observation qui se rattache au contraire étroitement, au point que nous examinons, c'est-à-dire à la compétence du juge des référés en ce qui touche aux difficultés relatives à l'exécution des décisions de justice. On s'est demandé en effet, mais on ne se demande plus

(1) Besançon, 19 février 1892, D. P. 94, 2, 169 et la note de M. le professeur Glasson.

aujourd'hui si le juge des référés est compétent pour statuer provisoirement en cas d'urgence sur les difficultés relatives à l'exécution des arrêts de cours d'appel. Quelques arrêts avaient jugé tout d'abord que le référé devrait en pareil cas être porté devant la cour qui avait rendu l'arrêt dont l'exécution était demandée. Mais cette jurisprudence paraît aujourd'hui abandonnée. Elle l'est certainement si l'on s'en tient aux termes d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 3 juillet 1889 (1) ainsi conçu : « Attendu qu'aux termes des articles 805 et 806 du Code de procédure civile, le juge des référés est compétent pour statuer provisoirement, en cas d'urgence, sur les difficultés relatives à l'exécution des jugements, à la condition de ne pas porter atteinte au principal ; attendu qu'en se servant du mot générique jugement, le législateur a entendu parler de toute décision judiciaire, qu'elle émane d'une cour d'appel ou d'un tribunal : qu'il a ainsi créé une juridiction spéciale qui, dans les cas prévus par l'article 806 du Code de procédure civile, est substituée à la juridiction attribuée aux cours d'appel par l'article 472. »

Le rapport qui a précédé cet arrêt et qui se trouve reproduit dans le volume du répertoire qui le renferme, avait appelé l'attention de la Cour avant de discuter la valeur du moyen, sur une question préalable, celle de sa recevabilité.

Une controverse, disait ce document, s'est en effet élevée dans la doctrine sur le point de savoir si le recours en cassation était recevable contre les ordonnances ou contre les jugements ou arrêts statuant en matière de

(1) D. P. 90, 1, 229 et la note.

référé. Chauveau (1) examine cette question et la résout dans le sens de la non-recevabilité par cette raison que les décisions en état de référé ne sont jamais que provisoires et réservent nécessairement le fond et il invoque à l'appui de cette doctrine un arrêt de la section civile du 31 juillet 1815 (2).

Les chambres civiles de la Cour de cassation paraissent avoir été quelque temps en désaccord sur cette question qu'il serait hors de propos de discuter ici puisqu'elle touche à la matière des voies de recours dont nous n'avons pas à nous occuper. Il suffit dès lors de la signaler, en faisant remarquer toutefois qu'il est un point sur lequel tout le monde paraît d'accord aujourd'hui, à savoir que le pourvoi en cette matière est toujours recevable lorsqu'il est fondé sur le moyen d'incompétence.

Restent quelques mots à dire sur le droit qui appartient au président en référé comme aux tribunaux ordinaires de prescrire toutes les mesures d'instruction qui peuvent lui paraître nécessaires pour découvrir la vérité, à condition que ces mesures n'aient pas un caractère interlocutoire. C'est ainsi qu'il est loisible au juge du référé de prescrire la comparution des parties, une audition de témoins, une communication de pièces, un transport sur les lieux, toutes mesures qui n'ont qu'un caractère essentiellement préparatoire et, si l'on peut ainsi parler, d'investigation. Mais nous ne saurions en dire autant de celle qui tendrait à ordonner un compte et surtout à déférer un serment, en dépit de l'autorité si haute de M. le président Debelleyme dont l'opinion d'ailleurs est restée isolée sur ce point comme sur bien d'autres. Faut-

(1) T. VI, 2276, 5°.
(2) Dalloz, *Rép.*, V° *Arbitrage*, n° 1197.

il ajouter que l'instance en référé aboutissant à une ordonnance qui est une décision de justice proprement dite, cette décision doit être motivée.

Telles sont les principales règles qui déterminent l'office du juge en matière de référé : office plus délicat peut-être que partout ailleurs, d'abord parce qu'il incombe à un juge unique auquel il appartient de statuer promptement sur des intérêts qui sont souvent, à Paris surtout, de la plus haute importance, et, en second lieu, parce que les limites de sa juridiction étant de leur nature vagues et incertaines sont plus exposées à être franchies.

Le Code de procédure a dû se borner à fournir ici quelques indications sommaires sans prétendre enseigner au juge la façon de les utiliser. Ceci est uniquement le secret de l'art, c'est-à-dire le résultat d'une expérience qui ne s'acquiert que par la pratique. Ce que nous disons de l'office du juge des référés doit d'ailleurs se généraliser et s'étendre à l'office du juge en général. C'est surtout pour le magistrat que Celse a donné sa célèbre définition du droit (1) ; mais cet art obéit comme tous les autres à quelques principes généraux et ce sont précisément ces principes que nous avons essayé de mettre en relief dans ce travail dont nous ne saurions nous dissimuler les imperfections et les lacunes. Pour peu que l'on y réfléchisse, en effet, on se persuade aisément que la question de l'*officium judicis* s'étend au droit tout entier et que cet office se diversifie à l'infini suivant l'innombrable variété des causes qui peuvent être soumises à un tribunal. Prétendre les passer toutes en revue serait tenter une œuvre impossible et il nous suf-

(1) Jus est ars boni et æqui.

fit d'avoir montré la structure et pour ainsi parler le mécanisme de l'œuvre judiciaire. Les maîtres de l'art affirment qu'il n'en est pas de plus compliqué et dont le fonctionnement exige plus de prudence et de délicatesse. Celui de nos grands jurisconsultes qui l'a certainement le mieux observé et le mieux connu s'en est expliqué à maintes reprises dans ses écrits ou ses discours et nous ne saurions mieux faire que d'abriter, en terminant, notre tentative, sous l'autorité de sa grande parole : « Le travail des juges, disait-il dans une de ses harangues (1), est en un mot de rendre la justice ; mais parce que chacun croit connaître ce qui est juste, et qu'il est honnête et agréable de l'ordonner, la plupart ne trouvent rien de plus aisé que de faire l'*office du juge*, et on ne s'avise pas de penser que ce soit un travail que de se faire juge. Cependant il est vrai qu'il n'y a pas de travail dans la vie civile plus difficile que celui des juges, comme il n'y en a pas de plus important. »

(1) Domat, harangue prononcée aux assises de 1679, p. 209, code 1.

TABLE DES MATIÈRES

Imp. G. Saint-Aubin et Thevenot. — J. Thevenot, successeur, St-Dizier (Hte-Marne).

POUVOIR DISCIPLINAIRE DES TRIBUNAUX

SUR

LES FAUTES COMMISES OU DÉCOUVERTES

À L'AUDIENCE

POUVOIR DISCIPLINAIRE

DES TRIBUNAUX SUR LES

TES COMMISES OU DÉCOUVERTES

A L'AUDIENCE

Defendere est id facere quod dominus in litem faceret. (*Dig.* L. 35, *de Procuratoribus*).

PAR

F. L. MALEPEYRE
PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL DE MELUN

PRIX : 3 fr. 50

PARIS

AUX BUREAUX
DES
LOIS NOUVELLES
31 bis, Faubourg Montmartre

MARCHAL ET BILLARD
ÉDITEURS
LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION
27, place Dauphine, et rue Soufflot, 7

1897

POUVOIR DISCIPLINAIRE DES TRIBUNAUX

SUR LES

FAUTES COMMISES OU DÉCOUVERTES

A L'AUDIENCE

INTRODUCTION.

Les rédacteurs du code de procédure civile, qui avaient gardé le souvenir des abus et même des exactions dont s'étaient rendus coupable- les procureurs et les huissiers sous l'ancien régime, ont cru devoir, alors que ces intermédiaires entre la justice et les plaideurs étaient maintenus, les soumettre à des règles étroites. Le code de 1806 était bientôt suivi du tarif du 16 février 1807 et du décret du 30 mars 1808, qui complétaient les règles déjà posées et précisaient les pouvoirs des tribus naux sur le règlement des dépens et la discipline des officiers ministériels.

Nous avons réuni dans cette étude toutes les dispositions soit des textes précités, soit des lois ou décrets postérieurs, qui permettent aux tribunaux de faire respecter leur audience ou de réprimer, par voie disciplinaire, les fautes que révèlent les instances, dans le but d'assurer l'exécution du mandat *ad litem* et de modérer les frais de procès. Parmi ces dispositions, les plus intéressantes sont sans contredit, celles que renferment les art. 132 et 1031 du code de procédure civile, qui de nos jours ont été peu appliquées. Est-ce à dire que les officiers ministériels ne commettent que rarement des abus dans l'exercice du mandat *ad litem* qui leur est confié, ou que les tribunaux sont moins rigoureux que par le passé? Il ne nous appartient pas d'examiner ici en détail cette question ; mais nous dirons seulement que l'on se plaint bien souvent, autant au moins que dans la première partie de ce siècle, de l'accumulation inutile et parfois extraordinaire des frais de poursuite et d'instance. Certes ces frais sont dans bien des cas exagérés ; cependant le mal n'est pas si profond qu'il ne puisse être en partie

conjuré. En attendant que les pouvoirs publics aient modifié les formes de la procédure et les rapports des officiers publics avec les plaideurs, il nous paraît résulter de l'ensemble des textes examinés dans cet ouvrage, que les rédacteurs prévoyants du code de procédure civile ont donné aux tribunaux des pouvoirs suffisants pour prévenir et supprimer même en grande partie les abus de la procédure et l'exagération des dépens.

F. M.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

DE L'ACTION ET DU POUVOIR DISCIPLINAIRES.

1. — L'action disciplinaire, d'une manière générale, a pour objet un manquement aux devoirs de la fonction ou de la profession réglementée (1), et pour but de saisir le pouvoir disciplinaire de la connaissance de cette infraction.

L'ordre judiciaire comprend des fonctions et des professions réglementées ; ceux qui les exercent sont donc soumis au pouvoir disciplinaire, suivant certaines règles générales, complétées par des dispositions particulières à chaque fonction ou profession.

L'action disciplinaire peut donc être dirigée contre les magistrats, contre les auxiliaires de la justice, avocats, officiers ministériels, greffiers.

Envisagé au seul point de vue qui nous occupe, c'est-à-dire à l'égard des auxiliaires de la justice, le pouvoir disciplinaire protège différents intérêts. Il permet aux tribunaux de faire respecter leur autorité et leur audience ; d'obliger les avocats et les officiers publics à la dignité personnelle et professionnelle, et aussi d'assurer aux parties, pour la défense de leurs droits, la scrupuleuse exactitude d'intermédiaires que leur impose la loi.

Alors que pour les magistrats le pouvoir disciplinaire tend spécialement à maintenir la dignité de la fonction, il se trouve avoir à l'égard des auxiliaires de la justice et à raison du triple but qui vient de lui être assigné, un champ plus vaste d'application.

2. — **Pouvoir disciplinaire.** — **Action disciplinaire.** — Le pouvoir de frapper d'une peine disciplinaire les auxiliaires de la justice appartient aux tribunaux et aux chambres de discipline.

Les tribunaux ou les chambres de discipline appelées à statuer disciplinairement constituent des juridictions d'exception.

---

1. — Morin, *Discipline des cours et tribunaux*, tome II, n° 645.

En effet elles ne statuent qu'à l'égard de certaines catégories de personnes et de certains faits déterminés ;

Elles prononcent des peines exceptionnelles ;

Certaines règles de droit commun relatives aux formes fléchissent parfois devant ces juridictions.

Comme en toute matière, le droit de poursuite est en principe distinct du droit de statuer. Devant les tribunaux la mise en mouvement de l'action disciplinaire appartient au ministère public, maître des actions intéressant la régularité et le bon fonctionnement des choses judiciaires; devant les chambres de discipline des officiers publics, elle appartient à un délégué désigné par la loi et appelé syndic.

Mais, pour atteindre encore plus sûrement le but qu'il s'était proposé, le législateur a pensé qu'il était nécessaire de permettre aux tribunaux de se saisir d'office, afin de réprimer au moment où elle se manifestait la faute commise à leur audience ou révélée par les débats publics. Le décret du 30 mars 1808 notamment et certains articles du code de procédure civile attribuent aux tribunaux ce pouvoir particulier. Dans ce cas le droit de poursuivre et le droit de statuer sont réunis dans les mêmes mains. Mais il sera nécessaire, quand l'application d'une peine disciplinaire devra s'en suivre, que le ministère public soit entendu et que le jugement constate qu'il a donné son avis.

3. — **Caractère de l'action disciplinaire.** — Le caractère et la nature de l'action disciplinaire ont été diversement appréciés.

Pour les uns elle se rapproche de l'action publique dont elle doit suivre les règles, parce qu'elle a pour objet la répression d'une infraction.

Pour les autres, c'est simplement une action civile ne visant qu'à la réparation d'un quasi-délit ; d'autres enfin, notamment M. Morin, dans la première édition de son livre sur la discipline des cours et tribunaux (n° 645), déclarent mixte cette action comme participant de chacune des deux autres, à certains égards et dans des proportions différentes.

M. le Procureur général Dupin a tranché cette question à l'occasion d'un pourvoi soumis à la Cour suprême. Pour ce jurisconsulte, l'action disciplinaire n'est ni civile ni criminelle : elle est *sui generis* (1). Son but est particulier, ses règles lui sont spéciales. De là une conséquence de la plus haute gravité qui a été consacrée, à différentes reprises, par la cour de cassation et notamment par l'arrêt qui a suivi les réquisitions qui viennent d'être rapportées : l'action disciplinaire ne se confond ni avec l'action publique ni avec l'action civile ; elle peut co-exister avec l'une d'elles.

Tel est bien le système auquel il convient de s'arrêter.

---

1. — Dalloz 1858. 1. 269.

L'action étant *sui generis*, on ne lui appliquera pas, en principe, les formes des actions civile ou pénale (1). Cependant, comme dans tout débat judiciaire des formalités sont nécessaires pour saisir le juge compétent, par exemple, pour assurer le droit de défense; à quelle source juridique seront-elles empruntées, en l'absence d'indications fournies par la loi? Quelques règles paraissent dominer toute cette matière.

L'action disciplinaire tend à faire appliquer à certains individus des peines particulières, qui diffèrent de celles de droit commun comme elle-même diffère des actions civile ou pénale ; elle tend à atteindre ceux qu'elle vise dans leur honneur ou dans leur intérêt, elle constitue donc un moyen de répression.

A ce titre on peut dire que toutes les fois que la loi n'en aura pas autrement ordonné et que la discipline seule sera en jeu, on devra recourir aux formes soit civiles, soit pénales les plus favorables à l'inculpé (2).

Lorsqu'à la répression de certaines fautes se lie l'intérêt des parties en cause, comme dans plusieurs des cas prévus par le code de procédure civile (3), la loi doit être entendue dans le sens où elle peut produire un effet *utile* au profit des parties. Tous les moyens de forme de nature à en affaiblir la portée doivent être écartés.

Enfin devant toutes les juridictions disciplinaires ou devant celles appelées accidentellement à juger disciplinairement, le droit de défense doit être respecté.

4. — Fautes. — Distinctions. — La loi prévoit les fautes commises ou découvertes à l'audience, et les fautes portées à la connaissance des magistrats soit par la plainte des particuliers, soit par le ministère public.

Nous n'avons à parler que des fautes commises ou découvertes à l'audience qui font seules l'objet de ce travail, et auxquelles nous appliquerons les règles générales qui viennent d'être exposées pour déterminer les pouvoirs des tribunaux en jugement, c'est-à-dire lorsqu'ils jugent, et les droits de ceux qui sont soumis à l'action disciplinaire.

---

1. — Dalloz, *Supp. Discipline jud.* n° 61 et suivants.

2. — Cette règle s'appliquera surtout aux poursuites disciplinaires devant les tribunaux, devant les tribunaux réunis en assemblée générale ou devant les chambres de discipline. Quand un tribunal se saisit d'office pour une faute commise ou découverte à l'audience, la procédure est de fait supprimée et les règles applicables aux formalités postérieures au jugement (délais des recours, citation devant le second degré de juridiction, etc), sont celles correspondant à la juridiction qui a statué en premier ressort. Cass. 10 fév. 60. (D. 60. 1. 96).

3. — Art. 132 et 1031 du C. p. c.

Chap. I. — Mesures disciplinaires qui peuvent être prises par les tribunaux.

Articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808. — Article 102. — « Les officiers ministériels qui seront en contravention aux lois et rè- « glements pourront, suivant la gravité des circonstances, être punis « par des injonctions d'être plus exacts ou circonspects, par des défen- « ses de récidiver, par des condamnations de dépens en leur nom per- « sonnel, par des suspensions à temps ; l'impression et même l'affiche « des jugements à leurs frais pourront aussi être ordonnées, et leur « destitution pourra être provoquée s'il y a lieu.

« **Art. 103.** — Dans les cours et dans les tribunaux de première ins- « tance, chaque chambre connaîtra des fautes de discipline qui auraient « été commises ou découvertes à son audience. Les mesures de disci- « pline à prendre sur les plaintes des particuliers ou sur les réquisi- « tions du ministère public, pour cause de faits qui ne se seraient point « passés ou qui n'auraient pas été découverts à l'audience, seront « arrêtées en assemblée générale, à la chambre du conseil, après avoir « appelé l'individu inculpé. Ces mesures ne seront pas sujettes à l'ap- « pel, ni au recours en cassation, sauf le cas où la suspension serait « l'effet d'une condamnation prononcée en jugement... »

5. — Caractère et étendue de ces dispositions. — Les articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808 constituent les dispositions les plus importantes de la loi sur les pouvoirs disciplinaires des tribunaux. L'article 102 énumère les pénalités spéciales autorisées; l'article 103 permet aux tribunaux d'atteindre les fautes qui se produisent ou se découvrent à leurs audiences, et de réprimer également celles que les officiers publics ont pu commettre en dehors de toute instance, dans l'exercice de leur profession.

Les fautes commises ou découvertes à l'audience peuvent être réprimées d'office par les tribunaux (1). Ce droit ne leur est pas contesté. L'article 103 du décret du 30 mars 1808 ne fait au surplus que généraliser certaines dispositions antérieures de la loi, et notamment du code de procédure qui dans ses articles 90, 107, 132, 360, 512, 1031, 1036, prévoit de véritables fautes commises ou découvertes à l'audience et en autorise la répression d'office.

Toute contravention aux lois et aux règlements pourra entraîner l'application d'une peine. Les infractions aux dispositions légales, aux règles professionnelles, et aussi toutes fautes qui bien que ne violant pas d'une façon directe un article de loi ou de règlement, constitue-

1. — Morin, N[os] 239-734 et suivants.

raient de la part de l'officier ministériel un oubli de ses devoirs envers le tribunal (1), peuvent et même doivent être réprimées.

6. — Fautes. — Distinction. — L'article 103 du décret du 30 mars 1808 prévoit les fautes commises ou découvertes à l'audience, les fautes portées à la connaissance des magistrats par les particuliers, par les réquisitions du ministère public ou même par tout autre moyen.

Les premières sont jugées par les chambres des cours ou des tribunaux à l'audience desquelles elles se sont produites ou ont été découvertes.

Les autres sont jugées par le tribunal en assemblée générale.

Les premières seules nous occupent.

Par fautes *commises à l'audience*, il faut entendre d'abord toutes celles qui constitueraient un manque de déférence à l'égard des cours ou tribunaux ; les troubles prévus par l'article 90 du C. p. c. ; les manquements au règles professionnelles imposées à certains officiers publics en présence des tribunaux ; les infractions à l'article 627 du C. Com., qui fait défense aux huissiers de représenter les parties devant les juridictions commerciales, et, d'une manière générale, tous les écarts aux règles de tenue et de convenance dont ne doivent jamais se départir les avocats ou les officiers publics et qui se produisent à l'audience d'une cour ou d'un tribunal.

Les fautes *découvertes à l'audience* sont celles surtout que révéleront les procédures, les pièces soumises au tribunal ou les débats : la plupart du temps elles auront été commises en dehors de l'audience. La faculté pour les tribunaux de réprimer les fautes de cette nature est d'une importance capitale ; c'est en effet un moyen sûr et rapide d'atteindre les abus, les excès et même les simples négligences dont les officiers publics peuvent se rendre coupables dans l'exercice de leur mandat *ad litem*.

7. — Conditions nécessaires pour l'application de l'article 103 du décret du 30 mars 1808. — Procédure. — Pour que le tribunal puisse appliquer la première partie de l'article 103, il est nécessaire :

1° Que la faute ait été réellement commise ou découverte à l'audience ;

2° Qu'elle ne soit pas l'objet d'une poursuite déjà entamée (2) ;

3° Que le tribunal soit saisi ou se saisisse au moment même où l'infraction est commise ou découverte.

Ces règles doivent être observées ; l'une de ces conditions faisant dé-

---

1. — Dalloz, *Disc. jud.*, n° 261 et note 1.
2. — Morin, n° 736.

faut, le tribunal ou la chambre du tribunal devant qui la faute s'est produite n'a plus qualité pour statuer, et ne pourrait se réserver le droit de le faire ultérieurement. Si la répression n'est pas immédiate, la compétence de la chambre ou du tribunal cesse pour faire place à celle du tribunal en *assemblée générale*, devant qui devrait être portée l'action disciplinaire (1).

Le législateur a voulu, dans un but d'ordre facile à comprendre, que la répression suivît immédiatement la faute, quand elle se produit ou se constate publiquement à la barre du tribunal (2). C'est un pouvoir exceptionnel dont on ne saurait étendre les effets.

La procédure est nulle, pour ainsi dire. Le tribunal se saisit d'office ou sur les réquisitions du ministère public, entend l'officier ministériel visé en ses moyens de défense et statue immédiatement (3). Les éléments de conviction et d'information sont laissés à la sagesse du juge (4). La décision peut, s'il s'agit de fautes découvertes dans une procédure, être jointe au jugement qui termine l'instance dont le tribunal est saisi (art. 132. 1031).

8. — L'officier ministériel doit-il être entendu en ses moyens de défense ? — Il s'agit ici de l'application de mesures dont les conséquences sont toujours graves pour l'officier ministériel, il est donc juste qu'il soit admis à présenter sa défense.

S'il est présent à la barre il suffira qu'il soit interpellé et mis à même de se défendre (5) ; s'il est absent, ce qui se produira souvent pour la faute découverte à l'audience, il devra être invité par un avis officieux ou par une citation à se présenter à une audience ultérieure, afin de s'expliquer sur la faute et répondre aux charges qui pèsent sur lui. Cet avis ou cette citation émanera soit du président du tribunal, soit du procureur de la République, si ce magistrat a conclu et pris des réquisitions contre l'officier ministériel. Il est bon de faire ici remarquer que les articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808 n'indiquent pas d'une façon générale, pour la faute commise ou découverte à l'audience, la nécessité d'entendre l'officier ministériel en ses moyens de défense ; mais la jurisprudence appliquant même à cette procédure exceptionnelle un des principes les plus élevés du droit a décidé, à maintes reprises, que dans ces matières comme dans toute autre, personne ne devait être condamné sans avoir été mis à même de se justifier (6).

1. — Dalloz, *Disc. jud. Sup.*, n° 168. Cass. 15 janv. 1883. D. 83. 1. 355.
2. — Dalloz, *Disc. jud. Sup.*, n° 146.
3. — Morin, N° 239.
4. — Dalloz, *Disc. jud. Sup.*, n° 83.
5. — Dalloz, *Disc. jud.* n° 272.
6. — Chauveau et Carré, *Lois de la procédure*, question 3396; Morin, n° 762.

9. — Jugement. — Défaut. — Opposition. — Le jugement, comme toute décision, sera motivé. Il devra constater que la faute a été commise ou découverte à l'audience ; indiquer la nature de cette faute, en quoi elle viole la loi ou les règles professionnelles, constater que l'officier ministériel était présent à la barre et a été mis à même de se défendre ou qu'il a été dûment appelé, et enfin prononcer une des peines spécialement permises par l'article 102 et non une peine analogue.

La décision peut-elle intervenir par défaut ? L'opposition est-elle recevable ?

Lorsque les tribunaux ont à appliquer des peines disciplinaires qu'ils sont tenus de prononcer par jugement, comme aux cas prévus par l'article 53 de la loi du 25 ventôse au XI et l'article 45 de la loi du 14 juin 1813, la poursuite et le jugement constituent une véritable instance à laquelle les principes de droit commun sont applicables. Or tout débat doit être contradictoire (1), et le défendeur pourra s'opposer à l'exécution d'une sentence rendue sans que ses moyens de défense aient été soumis et appréciés.

La question était plus douteuse devant les juridictions de discipline intérieure. Il semblait résulter de différents textes législatifs (2) qu'il suffisait que l'inculpé ait été *dûment appelé* pour que la décision fût réputée contradictoire ; un arrêt de la cour de Cassation (3) a formellement décidé qu'en l'absence de l'inculpé, la décision ne pouvait être réputée contradictoire que s'il avait fourni au moins un mémoire dans lequel il se défendait au fond.

Que décider quand il s'agit de la répression des fautes commises ou découvertes à l'audience et de la connaissance desquelles le tribunal s'est saisi d'office ? Dans ce cas, comme dans les autres, le droit d'opposition doit être permis en principe ; il convient du reste d'appliquer les dispositions légales les plus favorables à la partie poursuivie.

Telle est la règle dont il ne faut pas cependant pousser trop loin les conséquences. Elle se trouve forcément limitée par le caractère exceptionnel de la première partie de l'article 103 du décret de 1808, et ne doit avoir d'autre objet que d'assurer le droit de défense qui est d'ordre public. Le décret de 1808 veut que la faute soit réprimée dès qu'elle vient d'être commise ou découverte, la peine doit être appliquée sur le champ (4) ; si donc l'officier public est présent à la barre et mis à même de se défendre, il ne saurait déclarer qu'il fait défaut, rien ne lui permettant de se soustraire à un débat immédiat qui est le vœu même de la loi.

1. — Lefèvre, *Traité de la discipline notariale*, n° 1022.
2. — Décret du 20 avril 1810, art. 55. Loi du 30 août 1883, art. 16. Ord. du 20 nov. 1822, art. 19.
3. — Cass., 24 av. 1883. D. 85. 1. 417.
4. — Cass., 2 août 1843. Dalloz, *Disc. jud.*, page 675, note 1.

La même solution s'impose quand il s'agit d'une faute découverte à l'audience en l'absence de l'officier public coupable, et que celui-ci a été invité à se présenter devant le tribunal. S'il ne se rend pas à la convocation, il semble par là avoir renoncé au droit de se défendre; la condamnation en somme sera définitive au regard du tribunal qui l'aura prononcée.

La nécessité de surseoir pour permettre à l'inculpé de se défendre ne donne pas à un pareil débat la forme d'une instance ordinaire; le sursis ne fait que prolonger l'instruction de l'affaire, sans lui faire perdre son caractère exceptionnel, dont le trait principal est que la répression suive aussitôt la découverte de la faute (1).

Donc le droit d'opposition ne saurait être admis que pour assurer que l'inculpé a eu connaissance des charges qui pèsent sur lui et que son droit de se défendre a été respecté.

Si une décision du tribunal était rendue en dehors de l'inculpé sans qu'il ait été prévenu et mis à même d'y participer, l'opposition lui serait permise, la sentence ayant tout-à-fait, en ce cas, le caractère d'un jugement de défaut. Il est alors plus logique et même préférable pour les intérêts de l'inculpé de lui permettre la voie de l'opposition, que de lui laisser seulement le recours en cassation pour violation des droits de la défense.

De nouvelles réserves doivent être faites à la règle ainsi formulée sur le droit d'opposition, quand les tribunaux appliquent les articles 132 et 1031 du C. p. c.; elles sont examinées sous les nos 25 et 41.

Il ressort d'une circulaire du garde des sceaux en date du 17 février 1893 que « dans le silence de la loi, l'opposition doit être formée dans « la huitaine de la signification, sans distinguer si elle a été faite à « personne ou à domicile, à la mairie ou au parquet. »

La dernière partie de cette instruction, qui admet sans distinguer le droit d'opposition, est l'aveu qu'en cette matière tout est exceptionnel. Quelle valeur peut avoir un droit d'opposition qui se trouve résolu dans la huitaine de la signification au parquet ou à la mairie d'une décision portant une peine disciplinaire, alors que l'opposition suppose que l'inculpé n'a pas été touché par certains des actes qui lui ont été notifiés et que dans l'espèce il ne l'a pas été par la signification?

Ici la dérogation aux principes et aux règles du droit commun est complète et ne se justifie que par la nécessité, en cas de destitution notamment, d'avoir une décision définitive pour permettre la transmission de l'office.

---

1. — La circulaire du garde des sceaux du 17 fév. 1863 admet le droit d'opposition aux décisions rendues par défaut en vertu de la première partie de l'art. 103 du décret du 30 mars 1808



10. — Officiers ministériels visés par les articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808. — Avocats. — On décide généralement que la première partie de l'article 103 est une disposition exceptionnelle applicable aux avoués, aux huissiers, aux commissaires-priseurs (1), et non aux notaires, par cette raison que ces derniers sont des fonctionnaires publics (2).

Par contre la jurisprudence en a étendu les effets aux avocats (3) et, à leur égard, cette interprétation se trouve confirmée par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

11. — Compétence. — Les articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808 ayant un caractère disciplinaire, ne pourront être appliqués, par les tribunaux, qu'aux seuls officiers ministériels qui leur sont spécialement attachés par leur serment ou leur fonction (4). L'exception faite à l'égard des avocats (5) se comprend aisément par la faculté qu'ont ceux-ci d'exercer leur profession indistinctement devant tous les tribunaux.

Cette règle, d'après la jurisprudence, ne souffre pas d'autre exception. La loi a permis dans certaines circonstances aux tribunaux d'apprécier les actes d'officiers ministériels étrangers à leur arrondissement, de leur infliger une amende par exemple (L. du 29 août 1823, art. 2), de laisser à leur charge les frais frustratoires, article 1031 C. p. c., mais l'amende ne constitue pas une peine disciplinaire, car elle ne figure pas dans l'énumération de l'article 102 du décret de 1808, et le rejet de frais frustratoires n'est que la conséquence du droit qu'ont les tribunaux d'apprécier et de liquider les dépens.

Cependant la jurisprudence de la cour de cassation qui décide en principe et sans distinguer, même pour les fautes découvertes à l'audience, que les peines disciplinaires ne peuvent être infligées aux officiers ministériels que par les tribunaux auprès desquels ils exercent leurs fonctions, ne paraît répondre ni au texte, ni à l'esprit de la loi. La cour suprême estime, dans son arrêt du 29 décembre 1845 (6), que la cour de Caen a commis un excès de pouvoir et violé l'article 103 du décret de 1808 en atteignant par des mesures de discipline un avoué et un huissier de première instance dont les agissements peu délicats s'étaient révélés pendant la procédure d'appel.

Cette jurisprudence, suivie depuis et adoptée par la plupart des au-

---

1. — Circ. Garde des Sceaux, 17 fév. 93.
2. — Art. 1er de la loi du 25 ventôse an XI. Dall., *Disc. Jud.*, n° 247 et arrêts cités.
3. — Limoges, 3 févr. 1847. D. 47. 2. 50.
4. — Cass. 29 déc. 1845. D. 46. 1. 56.
5. — Cass. 10 févr. 1860. D. 60. 1. 96.
6. — Dalloz 1846. 1. 56.



teurs, n'est rigoureusement exacte qu'autant qu'une cour ou un tribunal s'arrogerait le droit de prononcer une peine disciplinaire contre un avoué ou un huissier exerçant devant une autre juridiction, pour une faute non découverte à l'audience ou pour une faute découverte à l'audience, mais qui ne porterait pas sur un acte de l'officier ministériel accompli en vue de la procédure dont la cour ou le tribunal se trouverait saisi.

Il est certain que les officiers ministériels ne doivent pas être, en principe, distraits de leurs juges naturels, qui sont les juges de leur domicile et ceux en même temps auprès desquels ils exercent leurs fonctions. Ainsi une plainte dirigée contre un officier public de Marseille ne saurait, en aucun cas, être de la compétence d'un autre tribunal, même à l'occasion de faits qu'aurait eu à apprécier ce tribunal, si la faute n'avait pas été découverte et relevée à l'audience et ne se rapportait pas à la procédure suivie. Ce serait en effet le renversement de toutes les règles relatives à la compétence.

Mais l'article 103 du décret du 30 mars 1808 a soin de déterminer une compétence spéciale pour les fautes commises ou découvertes à l'audience. Or, qu'entendra-t-on par fautes découvertes à l'audience ? La loi l'a indiqué, d'une façon précise, dans un certain nombre de textes et notamment dans les article 132, 1031 du C. p. c., dont les dispositions ne peuvent se concevoir qu'avec une portée générale à l'égard de certains officiers ministériels.

La Cour de cassation a étendu la première partie de l'article 103 du décret de 1808 aux avocats, par la raison qu'ils exercent devant toute les juridictions ; or, les huissiers assignent et délivrent des exploits pour toutes les juridictions, la raison est donc la même de leur appliquer cet article. La procédure de première instance doit être examinée par les juges d'appel qui sont appelés à statuer sur les nullités de forme et de fond, sur les dépens ; à ce titre les actes de l'avoué d'instance seront nécessairement appréciés par la cour, et peut-être autrement qu'ils ne l'ont été par les juges du premier degré.

La question ne fait aucun doute, à notre avis, quand il s'agit d'appliquer les dispositions spéciales contenues dans la première partie des articles 132 et 1031 du C. p. c. (1) ; elle ne devient plus délicate que si les tribunaux veulent recourir à des peines purement disciplinaires et prononcer, par exemple, la suspension prévue à la fois par les mêmes articles et par le décret de 1808.

Cette question doit être résolue dans le sens de l'affirmative pour plusieurs raisons. En effet, l'article 74 du décret du 14 juin 1813 décide bien que la suspension des huissiers ne pourra être prononcée que par les tribunaux auxquels ils sont attachés, mais l'article 75 du même dé-

1. — Voir n°s 19, 21, 33.

cret dit immédiatement après qu'il n'est dérogé, par le décret, à aucune des dispositions des articles 102, 103, 104 du décret de 1808.

La loi autorise, dans certains cas, des tribunaux incompétents en principe, en matière de discipline, à prononcer des peines contre les huissiers, les avoués, les avocats et même la peine disciplinaire de l'interdiction, au cas de l'article 90 du C. p. c., par exemple, dont peuvent user toutes les juridictions, de l'article 627 du C. com, qui contient une dérogation formelle à la règle posée par l'article 73 du décret du 14 juin 1813, décidant que les amendes ne peuvent être prononcées contre les huissiers que par les tribunaux de première instance de leur résidence. Elle a fait de même à l'égard des fautes découvertes à l'audience et créé une compétence spéciale.

Enfin la Cour de cassation dit simplement dans l'arrêt ci-dessus rapporté : « Attendu qu'il résulte *évidemment* de l'article 103 du décret « de 1808 que la juridiction d'une cour ou d'un tribunal ne peut s'exercer « que sur les officiers ministériels attachés par leurs fonctions ou « leur serment près cette cour ou ce tribunal... » La décision de la cour déclare évident ce principe comme résultant de l'article 103 lui-même. Il paraît ressortir en effet du second paragraphe de cet article ; or, le paragraphe premier prévoit une espèce toute différente. Ce principe se trouve plus clairement énoncé dans l'article 74 du décret e 1813, ainsi que nous l'avons montré, mais avec la restriction qu'y apporte immédiatement l'article 75, et qui comprend notamment la faute commise ou découverte à l'audience.

L'arrêt de la Cour de Caen que réformait l'arrêt ci-dessus rapporté était sérieusement motivé. Il constatait que les faits reprochés à un huissier et à un avoué de première instance avaient été réellement découverts à l'audience de la cour, que les premiers juges n'avaient pu en avoir connaissance ; que la circonstance que les faits sont découverts à l'audience est *attributive de compétence*, que l'article 75 du décret du 14 juin 1813 maintient les dispositions du décret de 1808, et enfin que l'huissier et l'avoué en faute exerçaient dans son ressort (1).

La Cour de cassation avait elle-même précédemment reconnu un des inconvénients du système qu'elle a plus tard adopté. Devant un tribunal de première instance, des conclusions avaient été prises par l'une des parties en cause pour faire rejeter, comme frustratoires, certains frais faits par un avoué, et ces conclusions n'avaient pas été admises. Sur l'appel et l'intervention de l'avoué, la Cour d'Amiens avait décidé que les frais faits étaient frustratoires, qu'ils seraient rejetés de la taxe et que l'avoué serait suspendu de ses fonctions pendant un mois. L'avoué ainsi condamné se pourvut devant la Cour de cassation, et l'une des branches du pourvoi s'appuyait précisément sur l'incom-

1. — Caen, 27 déc. 1843. D. 44. 2. 207.

pétence de la Cour pour prononcer l'interdiction d'un officier ministériel qui ne lui était pas spécialement attaché (1).

La Cour suprême décida que la Cour d'Amiens n'avait pas excédé les limites de sa compétence, et ajouta ce motif dont l'importance ne saurait échapper : « Attendu qu'il serait d'ailleurs déraisonnable de « prétendre qu'en infirmant la décision des premiers juges, la Cour eût « dû renvoyer, devant eux, l'officier ministériel dont elle improuvait « la conduite et qu'eux-mêmes avaient *absous* ».

Il est certain que le premier degré de juridiction pouvant procéder d'office, a statué en réalité quand il n'a pas prononcé de peines disciplinaires, alors qu'une faute a été constatée par lui ou devant lui et qu'un renvoi à cette première juridiction serait, ainsi que le déclare la décision rapportée, déraisonnable.

Au moment où le Code de procédure et le décret de 1808 sont entrés en vigueur, le législateur avait la préoccupation d'empêcher les abus ou les excès des différents officiers de justice dont le ministère avait été maintenu.

Cette préoccupation ressort clairement de l'ensemble des textes qui parfois font double emploi et donnent aux tribunaux des pouvoirs souvent très rigoureux. Mais la volonté du législateur est formelle, et on doit ajouter que les règles posées sont parfaitement logiques.

La juridiction disciplinaire est en principe celle du tribunal auprès duquel l'officier public exerce ses fonctions. Mais la faute découverte à l'audience crée une compétence spéciale, qui s'explique par l'intérêt de réprimer une telle faute immédiatement et aussi parce que le tribunal, obligé d'apprécier l'acte qui révèle la faute, est le premier à la découvrir et le mieux placé pour la juger.

Cette compétence exceptionnelle des cours ou des tribunaux se trouve limitée naturellement aux actes ou procédures nécessaires à l'instruction de l'affaire dont ils sont saisis, son domaine est très facile à déterminer.

12. — Tribunaux d'exception. — Tribunaux de commerce. — Justices de paix. — Les tribunaux d'exception n'ont pas le pouvoir disciplinaire ; le décret de 1808 ne s'applique pas à ces juridictions (2). Mais ces tribunaux ont le droit, comme les juridictions de droit commun, de faire respecter leur audience, tant par les individus qui remplissent auprès d'eux une fonction, que par les parties, les témoins ou les simples assistants. Ils seront amenés parfois à prononcer, à l'égard des avocats ou de certains officiers ministériels, des peines disciplinaires, mais dans des cas spécialement prévus par les dispositions légales et

1. — Cass. 19 août 1835. D. 36. 1. 52.
2. — Cass. 1825. D. 25. 1. 413. (Parlongue c. Viala).



notamment par le C. p. c., l'ordonnance du 22 nov. 1822, l'art. 41 de la loi du 29 juillet 1881.

Le décret du 30 mars 1808 n'étant pas applicable aux juridictions d'exception, il s'ensuit que celles-ci ne sauraient atteindre les fautes découvertes à l'audience. Ces fautes devraient être l'objet soit de réserves de la part du tribunal d'exception (1) qui les a découvertes, soit de rapports aux autorités compétentes qui poursuivraient alors l'action disciplinaire dans les formes qui lui sont propres.

Les tribunaux de commerce, comme les autres juridictions d'exception, n'ont que le pouvoir de réprimer les fautes d'audience.

Ce pouvoir peut aller jusqu'à leur permettre de prononcer la suspension d'un huissier audiencier, si celui-ci se rendait coupable, à l'audience, du trouble prévu par l'art. 90 du C. p. c., l'huissier remplissant *une fonction*, en vertu de la loi, près le tribunal (2). Ils pourraient encore frapper d'une peine disciplinaire l'avocat plaidant devant eux; les art. 16 et 18 de l'ordonnance de 1822, l'art. 41 de la loi de 1881 conférant à tous les tribunaux le droit de réprimer les fautes commises à leur audience par les avocats (3).

La peine prononcée aurait même en ce cas un effet général absolu devant toutes les autres juridictions : d'abord, comme l'a exprimé en termes fort précis le tribunal d'Oran, parce que la justice est indivisible, qu'elle est la même pour tous, qu'elle a droit aux mêmes prérogatives, sans distinction de l'ordre ou du rang des tribunaux qui sont chargés de l'administrer (4), et aussi parce que la peine serait dérisoire pour un avocat, ainsi frappé par une juridiction devant laquelle il ne plaide qu'accidentellement. Du reste, les avocats ayant le droit de se présenter en leur qualité devant toutes les juridictions avec les immunités que leur titre leur confère, sont astreints par suite à tous les devoirs qu'il leur impose également (5).

Un tribunal de commerce n'a pas le pouvoir, pour les motifs déduits plus haut, de rechercher les actes commis par les huissiers audiencier en dehors de l'audience, à plus forte raison, par les autres huissiers ; de telles fautes devraient être signalées à l'autorité compétente, c'est-à-dire au procureur de la République. Il ne peut, en aucun cas, appliquer une peine disciplinaire aux avoués qui se présentent devant lui, le ministère des avoués étant interdit devant les juridictions consulaires, et ceux-ci ne figurant à la barre que comme mandataires des parties et non comme officiers publics.

1. — Art. 50, loi du 22 juillet 1889.
2. — Art. 624. C. Com.
3. — Dall. 86. 3. p. 33. Rapport du conseiller d'État Le Vavasseur de Précourt.
4. — Trib. d'Oran, 20 mars 1860. D. 60. 3. 23.
5. — Cass. D. 50. 1. 315.

Il convient d'ajouter que les tribunaux de commerce ont le choix de leurs huissiers audienciers et le droit absolu de les remplacer s'ils n'accomplissent pas leurs fonctions avec toute la régularité désirable.

Les mêmes raisons s'appliquent pour interdire aux tribunaux de paix, en dehors de certaines fautes commises à l'audience, l'exercice du pouvoir disciplinaire.

Ils ont le droit de réprimer les fautes d'audience commises par les avocats (1); à l'égard des huissiers audienciers, dont le choixleur est permis en vertu de l'art. 16 de la loi du 25 mai 1838, ils peuvent user de l'art. 90 du C. p. c. et appliquer à tous les huissiers du canton indistinctement les peines particulières autorisées par les art. 18 et 19 de la loi du 25 mai 1838.

13. — Peines disciplinaires. — Les peines disciplinaires sont énumérées par l'art. 102 du décret du 30 mars 1808. Les tribunaux doivent appliquer celle de ces peines qui leur paraît répondre à la faute, mais ils ne sauraient, quand ils procèdent en vertu de cet article, prononcer des peines autres que celles indiquées ou des peines analogues. En matière répressive on ne peut étendre les dispositions de la loi. Les tribunaux d'exception procédant en vertu de l'ordonnance de 1822 à l'égard des avocats appliqueront l'une des peines prévues par l'art. 18 de cette ordonnance.

L'injonction d'être plus exact ou circonspect constitue un avertissement. Les termes ne sont pas sacramentels, mais la décision ne devrait contenir rien qui donne un caractère plus grave à cette mesure.

La défense de récidiver est un rappel à la loi et aux règlements, plus sévère que la peine précédente en ce qu'elle semble impliquer un dernier avertissement avant l'application de mesures plus rigoureuses.

La condamnation personnelle aux dépens doit être prononcée quand l'officier ministériel est en faute contre les règles de sa profession. Elle pourra intervenir notamment dans les cas prévus par les art. 28 et 29 du décret du 30 mars 1808.

La condamnation aux dépens, en leur nom personnel, des officiers ministériels, diffère de celle prévue par l'art. 132 du C. p. c. : la première est une condamnation purement disciplinaire, la seconde a, en plus, le caractère d'une réparation civile au profit d'une des parties. Sans doute, dans le premier cas, la partie profitera dans une certaine mesure de cette condamnation, mais la sauvegarde de son intérêt privé n'est pas le but immédiat et précis du législateur, comme au cas de l'art. 132 ; la contravention aux lois et règlements non réprimée pourrait même, dans une certaine mesure, lui être profitable.

---

1. — Cass. D. 50. 1. 315.

La condamnation aux dépens étant une peine, il en résulte que l'officier ministériel ne saurait avoir aucun recours contre la partie pour les frais mis à sa charge, toute peine étant personnelle à celui à qui elle est infligée.

La suspension à temps est la mesure la plus grave autorisée par l'art. 102. Elle doit être forcément limitée, « car une suspension indéfinie équivaudrait à une destitution » (1).

L'impression et même l'affichage des jugements peuvent être ordonnés et constituent soit une peine principale, soit une peine accessoire à une autre peine disciplinaire. Ce dernier caractère résulte des termes de l'art. 102 qui décide que l'impression et l'affiche des jugements *pourront aussi être ordonnées* (Voir art. 1036).

Les tribunaux ne sauraient prononcer d'office la destitution dont parle l'art. 102 *in fine*. Cette mesure doit être provoquée, c'est-à-dire être l'objet d'une poursuite et de réquisitions.

Les autres peines prévues par l'art. 18 de l'ordonnance de 1822 et s'appliquant spécialement aux avocats sont : l'avertissement, la réprimande, l'interdiction temporaire qui ne peut excéder une année, la radiation du tableau.

14 — Voies de recours. — Quand le jugement prononce la suspension, l'appel est permis aux termes de l'art. 103 du décret du 30 mars 1808.

L'appel sera-t-il aussi autorisé, si le jugement s'est borné à infliger une des autres peines disciplinaires autorisées par l'art. 102 ? L'art. 103 porte que seules les décisions rendues en forme de jugement et prononçant la suspension seront sujettes à appel. Il paraît donc refuser cette voie de recours à ceux qui sont frappés par les autres mesures disciplinaires autorisées et ordonnées par jugement.

Ce point a été controversé (2) ; la rédaction peu claire de l'art. 103 en est la cause. Le premier alinéa de ce texte parle des fautes commises ou découvertes à l'audience ; le second commence par ces mots : *Les mesures de discipline...* et le troisième est ainsi conçu : « *Ces mesures* « ne seront point sujettes à l'appel, ni au recours en cassation, sauf le « cas où la suspension serait l'effet d'une condamnation prononcée en « jugement ». Les mots *ces mesures* semblent restreindre la portée de cette disposition aux mesures de discipline visées au § 2, alors que la dernière partie de la phrase prévoit une peine prononcée en jugement et se réfère certainement à la première partie de l'art. 103. Certains auteurs admettent la possibilité du recours dans tous les cas en disant

1. — Morin, *Discipline*, tome II, n° 815.
2. — Morin, *Disc.*, n°° 254-789 ; *Dalloz*, *Supp. Disc. jud.* 167-168-169 et arrêt de Montpellier cité en note.

notamment que le décret de 1808 ne prohibe l'appel qu'à l'égard des décisions prononcées en assemblée générale. Mais ce système doit être rejeté, car le texte en autorisant l'appel des jugements ayant prononcé une suspension, exclut, par voie de conséquence, toutes les autres mesures de discipline prononcées en jugement et se rattache à la première partie de l'art. 103 par le mot *jugement* qu'il emploie. Dans un arrêt du 29 décembre 1845 (D. 46.1.56) que ceux qui admettent la possibilité du recours invoquent à tort en faveur de leur opinion, la Cour de cassation s'exprimait ainsi : « Attendu qu'il est vrai qu'aux termes de « l'art. 103 du décret du 30 mars 1808, les mesures de discipline ne sont « pas sujettes à l'appel ni au recours en cassation, sauf le cas où la « suspension serait l'effet d'une condamnation prononcée, en jugement, « que la peine de la suspension n'ayant pas été prononcée le *pourvoi* « *serait irrecevable*, etc. » La cour de Caen dont l'arrêt était attaqué avait basé sur l'art. 1031, la condamnation d'officiers ministériels et avait prononcé d'office des peines contre un avoué et un huissier de première instance à l'occasion d'une affaire dont l'appel lui était déféré. La cour de Cassation a donc formellement déclaré, dans ses motifs, que le paragraphe 3 de l'art. 103 du décret de 1808 s'appliquait aux deux paragraphes précédents du même article, et si elle a admis le pourvoi, c'est parce qu'il était basé sur l'incompétence et l'excès de pouvoir de la cour, ce qui est un tout autre ordre d'idées.

L'appel sera déféré à la juridiction correspondante à celle qui a statué (1).

Les décisions des tribunaux civils et de commerce seront portées devant la chambre civile de la cour d'appel, celles des tribunaux correctionnels devant la chambre des appels correctionnels, enfin la Cour de Cassation constituera le second degré de juridiction pour les décisions des Cours d'appel prononçant des peines disciplinaires par jugement (2).

Les formes et les délais de l'appel correspondent aux formes et délais applicables aux juridictions qui ont statué (3).

La voie du recours en Cassation est ouverte contre les décisions en dernier ressort prononçant la suspension. Dans le cas où d'autres peines prévues par l'article 102 ont été infligées, ces mesures, aux termes de l'article 103, ne seront pas sujettes à Cassation. Cependant les décisions de cette nature peuvent toujours être déférées à la Cour de cassation pour incompétence ou excès de pouvoir (4). La jurisprudence établie en ce sens est conforme aux principes, la Cour suprême étant

1. — Cass., 10 fév. 1860. Dalloz 60. 1. 96.
2. — Morin, n. 789.
3. — *Id.* n° 789 ter.
4. — Cass., 29 décembre 1845. D. 46. 1. 56.

chargée de veiller à ce que ces différentes juridictions établies ne sortent pas de leurs attributions.

Fautes commises ou découvertes à l'audience prévues par la loi.

Code de Procédure civile, art. 132, 1031, 1030, 1029, 1036, 192, 90.
Code civil, art. 176.
Loi du 29 juillet 1881, art. 41.
Loi du 29 août 1813, art. 2.
Loi du 25 mai 1838, art. 18 et 19.
Code commerce, art. 627.
Code de procédure civile, art. 71, 107, 293, 312, 360, 711.
Décret du 16 février 1807, art. 66 et 161.
Décret du 30 mars 1808, art. 28, 29 et 69.

Chap. II. — Des avoués et huissiers qui excèdent les bornes de leur ministère. — Condamnation aux dépens et aux dommages-intérêts (art. 132 C. p. c.).

« Les avoués et huissiers qui auront excédé les bornes de leur ministère, les tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires ou autres administrateurs qui auront compromis les intérêts de leur administration, pourront être condamnés aux dépens en leur nom personnel et sans répétition, même aux dommages-intérêts s'il y a lieu : sans préjudice de l'interdiction contre les avoués et huissiers et de la destitution contre les tuteurs et autres, suivant la gravité des circonstances. »

15. — Objet et caractère de l'article 132. — Cet article a pour but de protéger d'abord et directement l'adversaire (1) du client, au nom duquel prétend agir l'officier ministériel en faute, contre les excès imputables à ce dernier ; et, par voie de conséquence, le client lui-même de l'officier ministériel qui se trouve, sans autre procédure, affranchi d'une condamnation aux dépens qui le menaçait.

L'objet de la disposition qui nous occupe s'explique facilement : l'adversaire de la partie représentée par l'officier ministériel indélicat est la première victime du procès injuste ou vexatoire à lui intenté, et il est de toute équité qu'il puisse être assuré au moins du recouvrement des dépens adjugés à son profit et au besoin du paiement de dommages-intérêts.

La disposition de l'article 132, qui se réfère aux mandataires légaux, tout en s'appliquant dans les mêmes conditions que la première partie de cet article, paraît protéger plus directement les personnes représentées. Ici encore l'adversaire aura cependant un intérêt à obtenir une condamnation personnelle contre l'administrateur, et à l'avoir

1. — Boitard et Colmet-Daage, *Procédure civile*, Art. 132.

pour débiteur plutôt qu'un incapable par exemple ou un héritier bénéficiaire.

L'article 132, ayant pour but de maintenir les avoués et les huissiers dans les bornes de leurs devoirs professionnels constitue, à leur égard, une disposition nettement disciplinaire (1). Il permet en effet aux tribunaux de prononcer la condamnation personnelle aux dépens des avoués ou des huissiers, sans préjudice de l'interdiction; or, la condamnation personnelle aux dépens et l'interdiction sont des peines disciplinaires, aux termes de l'article 102 du décret du 30 mars 1808 (2).

Toutefois la condamnation personnelle aux dépens a également pour effet de réparer un préjudice immédiat et certain, elle est donc aussi une *réparation civile.* C'est à raison de ce dernier caractère qu'il est permis à la partie de conclure à cette fin, ce qu'elle ne pourrait faire si cette condamnation constituait seulement une peine disciplinaire.

Ce double caractère fait de l'article 132 une *disposition spéciale*, qu'il ne faut confondre ni avec celles qui se réfèrent uniquement à la discipline, ni avec celles dont le but est la seule réparation d'un dommage éprouvé. Il s'en suit que les règles du droit commun ne seront opposables à l'article 132 que dans la mesure où elles ne pourront gêner son application.

Le but disciplinaire de l'article 132 nous amène à décider que, suivant les principes en matière répressive, ses termes doivent être strictement appréciés.

Il est donc nécessaire, pour qu'il soit applicable aux avoués et aux huissiers, que ceux-ci aient *excédé les bornes de leur ministère* à l'égard de l'adversaire de celui qu'ils représentent. Un tribunal ne pourrait en conséquence prononcer une condamnation aux dépens contre ces officiers ministériels, en vertu de l'article 132, par la raison que ces derniers auraient *compromis les intérêts à eux confiés*, motif qui ne se rapporte qu'aux tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires ou autres administrateurs.

L'article 132 suppose, pour être appliqué, un jugement sur le fond ou un incident du débat ; d'abord parce qu'il permet la *condamnation personnelle* de l'officier ministériel, condamnation qui remplace celle qui serait prononcée en vertu de l'article 130 C. p. c. contre son client succombant, et aussi parce qu'il se trouve dans le C. p. c. au titre des jugements.

Donc, c'est au moment où intervient en justice le règlement de la contestation que s'applique l'article 132; il ne saurait être la base d'une poursuite disciplinaire en dehors de l'instance ou après cette instance.

---

1. — Cass., 28 fév. 1855. D. 55. 1. 460.
2. — Dalloz, v° *Discip. jud.*, n. 285 et arrêts cités en note.

L'action disciplinaire devrait alors s'exercer conformément au § 2 de l'article 103 du décret de 1808, et la demande en dommages-intérêts faire l'objet d'une instance spéciale.

16. — Dans quels cas s'applique l'art. 132. — L'article 132 sera appliqué quand l'avoué ou l'huissier aura excédé les bornes de son ministère.

Cette expression doit être précisée.

Le ministère des avoués et des huissiers consiste, pour les premiers, à représenter les parties en justice, à remplir le mandat *ad litem* qui leur a été donné ; pour les seconds, à signifier les exploits, à exécuter, au profit des parties, les décisions de justice : ces procédures ou ces actes ne sont réguliers à l'égard de ceux contre lesquels ils sont dirigés qu'à la condition que l'officier ministériel ait le droit et la mission de les faire.

Il y aura donc excès de la part des avoués ou des huissiers, alors qu'ils agiront sans mandat, ou ne se renfermeront pas dans les limites de ce mandat ; par exemple, si chargés d'un procès ils en entament un autre, « s'ils exercent des poursuites qui ne leur étaient pas comman- « dées, des saisies pour lesquelles ils n'avaient pas de mandat, et que « leur client n'avait ni le droit ni la volonté de pratiquer » (1).

L'article 132 suppose donc de la part de l'officier ministériel un abus du mandat ou de la fonction ; cet abus, dans les hypothèses que nous venons de signaler, est de nature à porter préjudice à la partie contre laquelle il est procédé, puisqu'il l'oblige à répondre à des procès ou à des actes qui, régulièrement, ne pouvaient lui être faits ou opposés.

On ne saurait assimiler aux hypothèses qui viennent d'être posées le cas d'un avoué ou d'un huissier qui aurait conseillé, pour son profit personnel, un procès contraire aux intérêts de son client, ou contrevenu en quelque manière aux lois et aux règlements.

Sans doute, en pareille circonstance, l'officier ministériel abuse de son ministère ; mais l'art. 132, paraissant fait surtout pour l'adversaire du client de l'avoué ou de l'huissier en faute, plutôt que pour ce client lui-même, n'atteint pas de semblables infractions. La partie qui aurait à se plaindre du mandataire que la loi lui impose trouve du reste dans les articles 1382 et 1992 du C. civ. sur la responsabilité, dans les art. 352 et suivants du C. p. c. sur le désaveu, 1031 du même code, dans la plainte au point de vue disciplinaire, dans l'art. 102 du décret du 30 mars 1808, la protection qui lui est due (2).

---

1. — Boitard et Colmet-Daage, *Leç. de proc. civ.*, t. 1, p. 241 (art. 132).

2. — La Cour de cassation, dans deux cas où des frais avaient été laissés à la charge d'officiers ministériels qui les avaient conseillés ou entrepris dans leur intérêt personnel, a visé à la fois les art. 132 et 1031 du C. p. c., sur lesquels d'ailleurs s'appuyait le pourvoi. La question n'est donc pas tranchée par la Cour suprême. Dalloz, v° *Avoué*, page 60, note 2 ; page 61, note 2.

La disposition de l'art. 102 du décret du 30 mars 1808, qui permet la condamnation personnelle aux dépens des officiers ministériels en contravention aux lois et règlements, semble comprendre, en ses termes généraux, le cas prévu par l'art. 132. Ces deux dispositions ne sauraient cependant être confondues; la condamnation personnelle aux dépens ne peut être prononcée, en vertu de l'art. 132, que s'il y a eu excès de la part de l'officier ministériel, alors qu'il suffit d'un manquement aux lois et aux règlements pour justifier l'application du décret de 1808.

Ce décret a de plus un caractère purement disciplinaire, et l'intérêt d'une des parties n'est pas le but immédiat de la loi, comme au cas de l'art. 132. Enfin l'article 132 ne protège que la personne contre laquelle occupe l'officier public, le décret de 1808 ne contient pas cette restriction.

17. — Condamnation personnelle aux dépens. — C'est une dérogation à la règle que nul ne peut être condamné s'il n'est partie.

Cette condamnation est prononcée, ainsi que nous l'avons vu, au profit de l'adversaire du client de l'avoué ou de l'huissier en faute. Cela résulte des termes de l'art. 132, qui interdit la répétition contre le client. Si cet article, dit M. Boitard, refuse clairement à l'officier ministériel la répétition contre son client, c'est qu'apparemment il a payé, et il n'a pu le faire qu'à l'adversaire de celui pour lequel il occupe. S'il n'avait payé, il ne saurait être question de répétition (1).

La condamnation sera de tout ou partie des frais; elle remplace celle qui aurait été prononcée contre le client de l'officier ministériel en faute.

18. — Le tribunal peut-il appliquer d'office l'art. 132 ? — Le droit, pour le tribunal, d'appliquer d'office, c'est-à-dire sans conclusions des parties ou intervention du ministère public, l'article 132, ne saurait être sérieusement discuté en ce qui concerne la condamnation personnelle aux dépens et l'interdiction. C'est la raison même de cet article.

D'abord l'excès commis par l'officier ministériel constitue une faute découverte ou révélée à l'audience, à ce titre le tribunal peut se saisir d'office ; ensuite nous avons vu que la loi protégeait deux intérêts distincts : celui de l'adversaire de l'officier de justice qui excède les bornes de son ministère et, dans une certaine mesure, celui du client pour lequel occupe ce dernier.

Or, le défendeur irrégulièrement appelé devant un tribunal pourrait ne pas conclure à la condamnation personnelle aux dépens qui ne l'intéresserait que médiocrement si l'autre partie était solvable, par exemple, s'il n'y avait lieu à des dommages-intérêts ; son mandataire, par

1. — Boitard, *Leç. de proc. civ.* Art. 132.

incurie ou par confraternité, pourrait ne pas conseiller de conclure en ce sens et le tribunal, en présence de faits abusifs certains, se trouverait, si le droit d'agir d'office lui était refusé, dans l'impossibilité de prononcer cette condamnation. La protection qui résulte, au profit des plaideurs, de l'article 132, dépendrait donc entièrement de la volonté d'une des parties qui deviendrait ainsi maîtresse, à l'exclusion du tribunal, de provoquer l'exercice du pouvoir disciplinaire suivant sa volonté ou son intérêt, ce qui est contraire d'abord aux principes en matière de discipline et supprimerait, pour ainsi dire, la disposition très précise et très spéciale de l'article 132 (1).

Les mots *pourront être condamnés* indiquent une faculté laissée au juge, et non une obligation comme celle imposée par la première partie de l'article 1031. Le juge est appelé à statuer, dans le cas de l'article 132, sur un fait en dehors des demandes qui lui ont été originairement soumises mais qui, pour des raisons d'ordre et de discipline, vient se greffer à l'instance principale.

La décision du tribunal devra être motivée, c'est-à-dire contenir les raisons qui l'ont déterminé à appliquer l'article 132 ; d'abord à cause de la faculté qui lui est laissée et sur l'exercice de laquelle il est tenu de s'expliquer, ensuite parce que la condamnation personnelle aux dépens de l'officier ministériel constitue une disposition en réalité principale et non une disposition accessoire, comme la condamnation ordinaire aux dépens prononcée contre la partie qui succombe (2).

Les mots *sans répétition* que contient l'article 132, signifient que défense est faite à l'avoué ou à l'huissier de faire reprise contre son client du montant des dépens. L'officier de justice ne devient donc pas créancier de cette somme ; l'action qu'il intenterait de ce chef ne serait pas recevable. Si ces dépens lui avaient été payés par son client, ce dernier aurait l'action en répétition prévue par l'article 1235 C. civ. comme ayant payé ce qui n'était pas dû.

19. — A quels officiers ministériels s'applique l'article 132. — Le texte de cet article ne vise que les avoués et les huissiers.

Un tribunal pourra donc appliquer cette disposition à tous les avoués et huissiers exerçant dans son ressort à l'occasion d'une contestation pendante devant lui, et une cour à tous les avoués et aux huissiers qui lui sont spécialement attachés.

Sur ce point pas de difficulté.

---

1. — En ce sens : Cass., 27 juillet 1867, Dalloz, *Supp.*, v° *Frais et dépens*, p. 12, note 1. Carré et Chauveau, v° *Lois de la procédure*, question 563. *Contrà* Bioche, *Diction. de procédure*, v° *Dépens*, n° 152. V. encore dans le sens de l'affirmative : Cass. 22 août 1871. D. 71. 1. 228 ; 27 novembre 1893. D. 1894. 1. 343 ; Montpellier, 7 mai 1867. Dalloz, *Supp.* v. *Disc. jud.* n° 169, note 1.

2. — Cass., 17 août 1853. D. 54. 1. 382 ; 7 déc. 1857. D. 58, 1. 131,

Mais une cour a-t-elle le droit de condamner aux dépens, en son nom personnel, un avoué de première instance ou un huissier qui ne lui soit pas personnellement attaché ; un tribunal a-t-il ce droit à l'égard des avoués ou des huissiers exerçant devant une autre juridiction?

Écartons d'abord les points sur lesquels aucun doute n'est permis.

La suspension des officiers ministériels ne peut être prononcée, du moins d'après la jurisprudence de la cour de Cassation, que par les cours ou les tribunaux investis à leur égard d'un droit de contrôle immédiat ; ce sont ceux auprès desquels ces officiers publics exercent leurs fonctions (1). Donc une cour ou un tribunal ne pourraient infliger cette peine disciplinaire à des avoués et à des huissiers étrangers à leur ressort.

En aucun cas un tribunal de première instance n'est appelé à examiner, au point de vue de l'art. 132, des frais d'avoué relatifs à une procédure commencée ou terminée devant une autre juridiction. Si, en effet, par suite d'un fait juridique quelconque, un tribunal se trouve saisi d'un débat qui s'est ouvert devant un autre tribunal, les frais exposés devant la première juridiction ont été appréciés par celle-ci, et il y aura à leur égard chose jugée. Les parties avaient le droit de conclure au surplus à l'application de l'art. 132, la protection qui leur est due ne leur a donc pas fait défaut.

Il faudrait en excepter toutefois le cas de renvoi après cassation, dont l'effet est de remettre tout en question et de saisir de l'ensemble du litige le tribunal de renvoi, quand la cassation n'est pas limitée à certains points de la décision attaquée.

Pratiquement il sera très rare, au moins en matière civile, qu'un tribunal soit amené à examiner, au point de vue de l'art. 132, les actes d'un huissier étranger à son arrondissement. En effet, l'huissier assigne-t-il abusivement un justiciable de son arrondissement ou de son canton devant un tribunal étranger, il ne le fait que sur l'ordre d'un avoué ou d'un huissier correspondant, dont la responsabilité se trouverait plus certainement engagée.

Pratique-t-il une saisie, c'est le tribunal du lieu de la saisie qui devient compétent, et qui sera appelé à apprécier les actes de l'huissier.

Cependant les huissiers étant institués pour signifier des actes émanant de toutes les juridictions et pour assigner également devant toutes les juridictions suivant les règles de la compétence civile ou commerciale, il paraît difficile de refuser aux tribunaux le droit d'appliquer à tous les huissiers, quelle que soit leur résidence, l'art. 132 dont la portée est générale, en le limitant à la condamnation personnelle aux dépens.

---

1. — Voir cependant sur ce point n° 11.

La question se pose surtout sur le droit que peut avoir une Cour d'appel d'appliquer d'*office* la première partie de l'art. 132 à un avoué ou à un huissier de première instance.

Pour nous l'affirmative est certaine. Le second degré de juridiction existe pour réformer, si besoin est, l'erreur du premier juge, et donner à la partie les garanties d'un nouveau débat, d'un nouvel examen de ses intérêts. Parmi les garanties que la loi a prises en sa faveur se trouve celle résultant de l'art. 132; rien ne permet de croire que le législateur ait voulu l'en priver en appel, alors que tout est remis en son état primitif, que le nouveau tribunal est appelé à statuer sur la procédure, à l'apprécier dans son principe et dans ses phases diverses.

Ce n'est pas l'exercice de l'action disciplinaire que s'approprierait la Cour en ce cas, mais le droit d'appliquer une disposition dont nous avons montré le caractère spécial, et dont les effets au profit des plaideurs seraient détruits ou singulièrement amoindris si des restrictions, autres que celles précisées par la loi elle-même, en limitaient l'exercice à certaines juridictions. La Cour ne pourrait donc que constater, dans le système contraire, l'excès commis ! Un tel arrêt donnerait ouverture aux actions en responsabilité que l'art. 132 a précisément pour but de prévenir, puisqu'il permet de statuer sur les dépens constituant, la plupart du temps, le seul dommage éprouvé par la partie contre laquelle l'abus ou l'excès a été commis.

M. Bioche (1), et après lui M. Dutruc (2), prétendent que permettre à une Cour de prononcer certaines peines contre des avoués d'instance serait permettre, par analogie ou par voie de conséquence, à un tribunal de rechercher les faits qui se seraient passés en appel.

Cet argument ne présente aucune valeur. L'art. 132 ne saurait, en aucun cas, être appliqué en première instance à des avoués ou des huissiers à l'occasion de procédures d'appel, pas plus qu'un tribunal d'instance ne saurait être appelé à examiner, à ce point de vue, des faits qui se sont passés dans un autre arrondissement. Si la cour, par exemple, après appel d'un jugement interlocutoire, n'a pas retenu la connaissance du fond et a renvoyé l'affaire devant le premier juge, la décision d'appel aura statué sur les dépens et il y aura à cet égard chose jugée.

On a prétendu que l'officier public se trouverait privé du premier degré de juridiction; mais, en réalité, il en a bénéficié, et il a été statué en sa faveur, puisque le tribunal en laissant les frais à la charge de son client a jugé ainsi implicitement que le mandat *ad litem* avait été rempli sans abus et sans excès.

Dans un arrêt du 22 août 1871 (3), la Cour de Cassation a confirmé

1. — Bioche, *Dict. de proc*, v° *Disc.*, n° 298.
2. — Dutruc, *Manuel de la disc. des off. min.*, n°s 348 et suivants.
3. — Dalloz, 71. 1. 228.

un arrêt de la cour de Rennes qui, *d'office*, avait condamné aux dépens, en son nom personnel, un syndic de faillite pour avoir compromis les intérêts à lui confiés. Les parties n'y avaient pas conclu, la question ne s'était pas posée en première instance. Nous ne voyons aucune raison pour ne pas appliquer au premier paragraphe de l'art. 132 qui concerne les avoués et les huissiers la règle très nette posée par l'arrêt qui vient d'être indiqué.

La partie pourrait-elle conclure pour la première fois en appel à une condamnation personnelle aux dépens contre un avoué ou un huissier de première instance? Non, à notre avis, car ce serait là une demande nouvelle, au profit d'un seul intérêt civil, et la partie se trouve astreinte alors aux règles du droit commun. Elle ne pourrait, par les mêmes motifs, procéder par voie d'intervention forcée.

20. — Dommages-intérêts. — Les dommages-intérêts ne seront accordés que sur les conclusions de la partie victime de l'abus ou de l'excès commis.

L'évaluation de l'importance du préjudice, comme son existence même, ne peuvent être appréciées que par la partie qui a souffert le dommage; si elle ne réclame rien, la présomption est qu'elle n'a subi aucune perte; le tribunal accordant d'office des réparations civiles adjugerait donc ce qui ne serait pas dû et statuerait *ultra petita*.

Les dommages-intérêts dont serait redevable l'officier ministériel envers son propre client ne peuvent être réclamés en vertu de l'art. 132, puisque cet article n'est pas fait pour protéger directement ce dernier.

21. — Interdiction. — L'interdiction que mentionne l'art. 132 est en réalité la peine de la suspension prévue par l'art. 102 du décret du 30 mars 1808.

Elle ne peut être que temporaire, et le jugement devrait en indiquer la durée (1).

Conformément à la jurisprudence qui a interprété en ce sens le décret de 1808 et le décret du 14 juin 1813, l'interdiction ne peut, en aucun cas, être prononcée que par le tribunal auprès duquel l'officier public en faute est attaché par son serment ou sa fonction.

Nous avons déjà montré, avec l'examen du décret de 1808, que cette jurisprudence n'était pas conforme peut-être à l'esprit de la loi relativement aux fautes découvertes à l'audience. Ici encore il convient de revenir sur cette matière et de présenter quelques observations contre cette jurisprudence. Aucune des dispositions du code de procédure n'a été modifiée par le décret de 1808 ni par celui de 1813, dont le but évi-

1. — L'art. 102 du décret du 30 mars 1808 ne parle que *des suspensions à temps*. « Une suspension indéfinie équivaudrait à une destitution ». Morin, tome 2, n° 815.



dent était de les compléter. Le code de procédure permet d'infliger certaines peines à des officiers publics coupables d'infractions particulières qu'il prévoit; le décret de 1808 et celui de 1813 règlent surtout des questions de discipline. Les pénalités du code de procédure sont la sanction des formalités imposées à ceux qui procèdent en vertu de ses dispositions, et tous les actes faits en vue des juridictions successives organisées sont soumis, sans distinguer et sous les peines de droit, aux règles prévues. L'action des tribunaux ne se trouve formellement limitée, ni par le code de procédure, ni par les décrets postérieurs de 1808 et de 1813, dont les dispositions sont loin d'être inconciliables avec celles du code de 1806 (1).

22.— Les avoués et les huissiers doivent-ils être entendus en leurs moyens de défense ? — L'affirmative est certaine, que les tribunaux procèdent d'office, ou sur les conclusions de la partie. Le droit de défense doit toujours être respecté ; il est d'autant plus nécessaire, au cas de l'art. 132, que l'officier ministériel, privé de tout recours contre son client, ne peut, en aucune façon, rouvrir le débat.

Comment l'officier public sera-t-il appelé à se défendre? Aucune forme n'est tracée par l'art. 132, et à proprement parler, il n'en existe pas (2).

Il est nécessaire toutefois de distinguer entre les cas qui peuvent se présenter.

S'il est conclu par la partie, en vertu de l'art. 132, à la condamnation personnelle aux dépens de l'officier ministériel, le caractère civil de la demande l'emporte, c'est une sorte d'appel en cause de l'officier ministériel qui est formé. Donc si celui-ci n'est pas présent à la barre il sera cité dans la forme et le délai des ajournements et le tribunal devra surseoir; si l'officier ministériel est présent à la barre, il acceptera vraisemblablement le débat sur simples conclusions des parties.

Si, au contraire, le tribunal agit d'office, c'est en vertu de son pouvoir disciplinaire qu'il procède et il n'existe pas de formes déterminées : il suffit que « les garanties fondamentales qui doivent procéder à l'administration de la justice soient respectées (3). »

Dans cette hypothèse si l'officier ministériel n'est pas présent à la barre, il sera différé au jugement et le tribunal le fera inviter par le chef de la corporation d'avoir à se présenter, à un jour indiqué, pour répondre de l'excès commis par lui. Morin estime que dans ce cas une citation serait nécessaire (4), mais ajoute que la règle et les convenances seules exigent un tel acte. Suivant nous un avis officieux suffit, car

1. — Voir n° 11.
2. — Dalloz, v° *Disc. jud. Supp.* n° 61.
3. — Dalloz, *Supp.* v° *Disc. jud.* n° 61.
4. — Morin, v° *Disc.*, t. II, n°s 757 et 758; Dalloz, v° *Disc. jud.*, n° 272.

il met aussi bien l'officier ministériel à même de se défendre qu'une citation dans les formes ordinaires, et le but qu'on se propose se trouve atteint. Le jugement devrait constater que l'officier ministériel a été appelé devant le tribunal.

Supposons maintenant l'officier ministériel présent à la barre : il suffira qu'il soit interpellé et mis à même de se défendre. Le jugement aura à faire mention de cette interpellation et des moyens de défense invoqués.

La Cour de cassation est allée plus loin, en ce qui concerne les officiers ministériels présents à la barre, car elle a considéré qu'un avoué, ayant été entendu dans les moyens de la cause, dans un procès qu'il dirigeait sous le nom de personnes interposées, était réputé avoir été personnellement et individuellement entendu, que, dès lors, le principe sacré de la défense n'avait pas été violé (1). Il est préférable qu'il y ait interpellation directe et précise faite par le tribunal à l'officier ministériel.

L'officier ministériel devra comparaître en personne à l'audience ; il pourra être assisté d'un défenseur. On ne saurait lui permettre de se faire représenter par un mandataire : l'officier ministériel en effet, pour des motifs de convenance envers le tribunal et à raison du caractère disciplinaire de la mesure à prendre, doit fournir personnellement et oralement ses explications (2).

Dans les cas où l'officier ministériel ne se présenterait pas, l'affaire suivrait son cours. Nous examinerons plus loin, au n° 25, si l'officier ministériel contre lequel il est procédé peut faire défaut.

23. — Tribunaux de commerce. — Justices de paix. — Devant les tribunaux de commerce, la procédure se poursuit sans ministère d'avoué. L'article 132 ne saurait donc, en ce qui concerne les avoués, être appliqué par ces tribunaux. Si les avoués représentent les parties devant la juridiction commerciale, ils ne sont que des mandataires, et soumis comme tels aux obligations du mandat (3).

Relativement aux huissiers la question est tout autre ; leur ministère s'exerce devant cette juridiction comme devant la juridiction civile. Nous avons fait observer déjà que l'article 132 était conçu en termes généraux et il nous paraît certain que les tribunaux de commerce peuvent user à l'égard de ces officiers publics de l'article 132 limité à la condamnation personnelle aux dépens.

Il est admis du reste qu'il faut appliquer devant les juridictions consulaires les règles générales de la procédure devant les tribunaux civils.

---

1. — Dalloz, v° *Avoué*, p. 60, note 2.
2. — Morin, v° *Disc.*, t. II, n° 761.
3. — Bourges, 19 janv. 1869, D. 69. 2. 134.

quand elles ne sont pas incompatibles avec les caractères de la procédure commerciale (1).

La Cour de Cassation a décidé que les syndics, en leur qualité d'administrateurs légaux, pouvaient être personnellement condamnés aux dépens en vertu de l'article 132 du C. p. c. (2). Elle admet donc, en principe, le droit des tribunaux de commerce d'appliquer l'article 132; les tribunaux de commerce sont appelés en effet à statuer sur les dépens et à les apprécier comme les tribunaux ordinaires, et ils ne doivent pas plus être désarmés à l'égard des huissiers qui auraient abusivement entamé une procédure devant eux qu'ils ne le sont à l'égard des syndics.

Le juge de paix a-t-il le même pouvoir à l'égard des huissiers qui lui sont attachés? Le Code de Procédure et la loi du 25 mai 1838 ont bien organisé une procédure spéciale aux tribunaux de paix, mais il est admis que certaines règles du Code de procédure doivent être également observées par eux, celles entre autres concernant les jugements. Ainsi le juge est tenu de condamner aux dépens la partie qui succombe, et par suite de les examiner et de les apprécier. Bien que l'importance du litige soit moindre, les abus sont peut-être aussi fréquents devant cette juridiction que devant les autres et il importe, là comme ailleurs, que le justiciable, abusivement cité par un huissier, soit assuré du paiement des frais faits à tort contre lui. Nous estimons que l'intention du législateur n'est pas équivoque, qu'il a tenu à garantir les plaideurs devant toutes les juridictions.

24. — **Ministère public.** — Le ministère public a le droit de requérir soit la condamnation personnelle aux dépens de l'officier ministériel, soit les pénalités prévues par l'article 132.

Le tribunal peut agir d'office et sans réquisition de la partie publique. Mais comme il est nécessaire que l'officier ministériel soit entendu et que, par conséquent, un débat soit ouvert sur ce point, il rentre dans l'esprit de notre législation que le ministère public ait la parole et donne son avis.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 6 août 1844, dit que la loi ne prescrit pas que le procureur de la République sera entendu quand il s'agit de faits qui se sont passés à l'audience. Cet arrêt se justifie amplement et réserve, comme l'a fait la loi, le pouvoir propre des tribunaux pour la répression de tels faits. Souvent même, et nous le verrons avec le commentaire de l'article 1031, le ministère public peut n'être avisé de la mesure qu'au moment où elle est rendue et il est évident,

---

1. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I. p. 406.
2. — Cass., 24 juillet 1867. Dalloz, *supp.* v° *Frais et dépens*, note, page 12. — Cass. 22 août 1871. D. 71. 1.228.

dans ce cas, qu'il ne saurait être entendu. Mais toutes les fois qu'il y aura débat sur des faits intéressant la discipline, il importe que la parole lui soit donnée et qu'il soit fait mention dans le jugement des conclusions par lui prises à ce sujet.

Voies de recours.

Quelles sont les voies de recours permises à l'officier ministériel frappé par l'application qui lui a été faite de l'article 132? Cette question est assez obscure et il est nécessaire de rechercher quelles sont les règles tracées, soit par le décret de 1808, soit par le droit commun, qui pourront être suivies en cette matière.

25. — Défaut.— Opposition.— Si l'officier ministériel appelé devant le tribunal, en vertu de l'article 132, ne s'est pas présenté, la condamnation est-elle prononcée par défaut? Peut-il aussi, s'il est présent, déclarer qu'il fait défaut? L'opposition lui est-elle permise, que le jugement ait prononcé une des trois condamnations prévues par l'article 132 ou plusieurs d'entre elles ?

« Pour les avocats et les officiers ministériels jugés à l'audience, dit « Morin (1), le droit d'opposition, dans les cas de condamnation par « défaut, résulte du droit commun. »

Les arguments en faveur de ce système sont faciles à saisir, il n'est pas besoin d'y insister autrement.

Pour nous la première partie de l'article 132, celle qui permet la condamnation personnelle aux dépens, est une disposition spéciale, incompatible avec certains errements de procédure, et qui par suite ne leur est pas soumise.

Le législateur a voulu qu'en dehors de tout procès ou de toute action directe, la condamnation, en leur nom personnel, pût être infligée dans certains cas, aux avoués et aux huissiers. C'est à la fois, ainsi que nous avons cherché à le démontrer, une peine et une réparation civile. Que se passera-t-il, si l'opposition est recevable? Le jugement, du chef des dépens, est rendu au profit des deux parties en cause, puisque l'une d'elles se trouve avoir pour débiteur l'officier ministériel et que l'autre est exonérée, par voie de conséquence, de tout ou partie des dépens qui devaient être la suite de son action. C'est en réalité contre les deux parties que la réformation du jugement devrait être demandée. Voici donc un nouveau procès et l'obligation pour le client de l'officier ministériel fautif de soutenir le débat, de constituer avoué afin de défendre à l'opposition.

C'est en somme le procès en responsabilité qui s'édifierait de toutes pièces, alors que le but évident de la première partie de l'article 132

1. — Morin, v° *Disc.*, tome 2, n° 778.

est de permettre de statuer sur la responsabilité spéciale des dépens en même temps que sur le fond du débat. On s'est même demandé s'il était nécessaire, en pareille circonstance, d'appeler l'officier ministériel à se défendre; la cour de cassation l'a admis, à différentes reprises, avec raison, estimant que le droit de défense devait toujours être respecté; mais il nous paraît difficile d'aller plus loin. Toutes les garanti exigibles pour que la condamnation ne puisse intervenir par surprise se trouvant réunies, l'officier ministériel visé peut user du droit de se défendre ; son silence ne doit avoir pour effet de causer un nouveau préjudice aux parties.

Entre celles-ci le jugement est contradictoire, peut-être définitif; leur situation juridique, quant au fond et aux dépens, est déterminée. Or, la question des dépens sera, dans notre hypothèse, presque toujours intimement liée au débat principal, puisque celui-ci sera le résultat de l'excès commis par l'officier public. On ne saurait permettre à ce dernier, par un abus non de moyens de droit, mais de moyens de forme à lui personnels, de remettre en question un débat définitivement tranché au profit des parties.

On n'a jamais songé d'autre part à permettre aux administrateurs légaux, que vise aussi l'article 132, de faire opposition au jugement qui les condamnerait aux dépens en leur nom personnel ; on n'a même pas décidé, en ce qui les concernait, qu'ils dussent être entendus en leurs moyens de défense. Le procès qui a entraîné la condamnation aux dépens de telles personnes a soulevé par lui-même la question, il n'y a pas lieu de la rouvrir, et cela est vrai aussi bien quand il s'agit des mandataires forcés que des mandataires légaux.

Donc le jugement condamnant un officier ministériel aux dépens en son nom personnel, quand il aura été dûment appelé, ne sera pas susceptible d'opposition ; s'il ne s'est pas présenté, le premier degré de juridiction est épuisé à son égard. Un mémoire sur le fond que ferait parvenir l'officier ministériel suffirait, en tout cas, pour rendre contradictoire la décision ; l'interpellation à l'audience de l'officier ministériel et sa présence constatée aurait également le même effet (1).

La première partie de l'art. 132 ne doit pas être confondue avec les deux autres. Si lé tribunal a alloué des dommages-intérêts comme conséquence de la condamnation personnelle aux dépens ou prononcé l'interdiction de l'officier ministériel, la condamnation, dans le premier cas, est purement civile, dans le second purement disciplinaire.

Nous ne voyons aucune raison pour refuser le droit de former une opposition limitée à ces condamnations. Ici ce n'est pas le jugement dans son ensemble qui serait atteint, comme il pourrait l'être par une

1. — Voir les arrêts cités sous le n° 9.

opposition relative aux dépens, mais une disposition spéciale, indépendante du fond qui, dans le premier cas, crée un lien de droit spécial entre celle des parties qui a obtenu les dommages-intérêts et l'officier public condamné et, dans le second, ne touche les parties que dans la mesure de leur participation à l'intérêt général. On comprend dans ces circonstances, qu'un nouveau débat soit possible ; il n'aura pas pour but de modifier la situation respective des parties déterminée par le jugement.

Les dommages-intérêts ou l'interdiction constitueront un chef distinct du jugement, sur lequel l'opposition pourra spécialement porter en vertu de la maxime *tot capita tot sententiæ :* mais le débat ne saurait s'engager que sur ce point, et la condamnation personnelle aux dépens devrait suivre le sort de la décision principale.

En somme, l'intérêt de l'officier public est subordonné, en cette matière, à l'intérêt des parties que la loi a voulu protéger. Telle est la règle qui ressort de l'examen de l'article 132 et du but que s'est proposé le législateur. Si donc la condamnation sur le fond était intervenue par défaut contre l'une des parties et que celle-ci fit opposition, tout serait remis en question, même la condamnation personnelle aux dépens de l'officier ministériel, qui pourrait alors intervenir dans le nouveau débat par les moyens ordinaires.

26. — Tierce-opposition. — L'officier ministériel doit être appelé à se défendre et par suite à figurer dans l'instance. Or, en vertu de l'article 474 du C. p. c., la tierce-opposition n'est ouverte qu'au profit de ceux qui n'y ont pas été appelés ; cette voie de recours ne serait donc pas recevable si l'officier ministériel avait été appelé.

Elle le serait, au contraire, si l'officier ministériel n'avait pas été appelé ; nous ne voyons alors aucune raison pour lui refuser le bénéfice de la tierce-opposition (1). Ici ne saurait s'appliquer ce que nous avons dit de l'opposition ; en effet si l'officier public ne se présente pas malgré l'avis qui lui en a été donné, on peut le considérer comme renonçant au droit de se défendre ; s'il n'a pas été appelé, il est bien le tiers auquel préjudicie une décision judiciaire et qui a droit de recourir à tous les moyens de la loi pour présenter sa défense.

Au surplus le fait que l'officier ministériel n'aurait pas été appelé à se défendre constituerait un excès de pouvoir donnant ouverture à cassation. Il est plutôt de l'intérêt des parties en cause que la voie de la tierce-opposition soit permise en ce cas.

27. — Appel. — Quand le jugement prononce l'interdiction, l'appel

1. — Rennes, 11 avril 1825. Dalloz, v° *Tierce opp.*, n° 60. 3 ; Riom, 13 juin 1866, Sirey. 67, 2, 228.



est permis aux termes de l'art. 103 du décret du 30 mars 1808. A cet égard la disposition du jugement qui prononce cette peine est un chef distinct qui doit être considéré comme rendu en premier ressort.

La question est embarrassante si le jugement s'est borné à condamner aux dépens, en son nom personnel, l'officier ministériel. L'art. 103 du décret précité porte que seules les décisions en forme de jugement prononçant la suspension seront sujettes à appel. Il refuse, ainsi que nous l'avons montré sous le n° 14, le droit d'appel en ce qui concerne les autres mesures disciplinaires ordonnées par jugement.

L'appel, à notre avis, ne saurait être permis à l'officier ministériel simplement condamné aux dépens. Les termes de l'art. 103 du décret du 30 mars 1808 sont précis et considèrent comme définitive la décision de cette nature qui intervient contre un officier ministériel.

Contre qui, d'autre part, devrait être relevé l'appel ? A la fois contre le ministère public, puisque la discipline y est intéressée, et contre les deux parties qui bénéficient l'une et l'autre de la décision. Or, au point de vue disciplinaire, l'appel n'est pas permis aux termes du décret de 1808, et autoriser, sur la condamnation aux dépens seuls, l'appel contre les parties serait, dans la plupart des cas, modifier à leur préjudice et au profit seul de l'officier public condamné, le taux du premier et du dernier ressort, car la décision, en ce qui les concerne, est peut-être définitive. Or, les parties ne sauraient être placées dans une situation moins favorable, parce que la justice a été obligée de recourir à certaines sévérités contre les mandataires que la loi leur imposait.

L'appel au contraire sera recevable sur les dommages-intérêts prononcés par un tribunal, et leur importance déterminera le taux du ressort, sans que la valeur du litige principal doive être prise en considération. Les dommages-intérêts ne sont, en aucune façon dans ce cas, un accessoire de la demande principale ; les conclusions de ce chef, postérieures à la demande originaire, ne se confondent pas avec celles prises à raison du litige engagé. C'est une demande nouvelle, née, à la vérité, de la première, mais qui en reste indépendante et dont le caractère purement civil est incontestable. L'appel sur ce point, et restreint à la condamnation aux dommages-intérêts, ne modifiera en rien la situation des parties telle qu'elle aura été réglée par le jugement sur le fond, car le débat sera circonscrit entre la partie qui aura obtenu les dommages-intérêts et l'officier ministériel.

Les parties ne pourraient conclure pour la première fois en appel à la condamnation personnelle aux dépens contre les officiers ministériels de première instance ; ce serait une demande nouvelle contre une partie à l'égard de laquelle aucune conclusion n'a été prise en première instance.

Enfin si les parties sont elles-mêmes en appel, et qu'une condamnation aux dépens ait été prononcée en première instance contre un officier ministériel sans qu'il ait été appelé ou entendu, le droit que nous avons reconnu à ce dernier de former tierce opposition entraînerait pour lui la faculté d'intervenir aux termes de l'article 466 du C. p. c. De même, si l'on admet qu'en cause d'appel toute partie à qui peut être opposé un jugement a droit d'intervenir, l'officier ministériel sera reçu à interjeter appel incident, afin de se défendre, devant le second degré de juridiction sur la question des dépens. Dans ce cas, les parties soumettant d'*elles-mêmes* le litige à de nouveaux juges, l'appel de l'officier ministériel se trouvera pleinement justifié.

28. — **Pourvoi en cassation.** — Le recours en cassation est ouvert contre les jugements en dernier ressort pour incompétence ou excès de pouvoir (1).

Chap. III. — Des procédures et actes nuls ou frustratoires (art. 1031 C. p. c.).

Art. 1031.— « Les Procédures et les actes nuls ou frustratoires, et « les actes qui auront donné lieu à une condamnation d'amende, seront « à la charge des officiers ministériels qui les auront faits, lesquels, suivant l'exigence des cas, seront en outre passibles de dommages-intérêts de la partie et pourront même être suspendus de leurs fonctions. »

29. — L'article 1031 du C. p. c., les articles 71 et 132 du même code, les articles 102 et 103 du décret du 30 mars 1808 forment un ensemble de dispositions analogues qui ont été inspirées au législateur dans le but de réprimer « l'impéritie ou l'avidité des officiers ministériels qui s'occupaient plus de leur intérêt personnel que de celui de « leurs clients » (2).

Il suffit de rappeler les prescriptions de ces différents textes pour saisir l'analogie qui les relie entre eux. L'article 132 permet aux tribunaux de prononcer une condamnation personnelle aux dépens contre l'officier ministériel qui a excédé les bornes de son ministère; l'article 71 porte que l'huissier qui a délivré un exploit déclaré nul par son fait peut être condamné aux frais de l'exploit et de la procédure annulés; l'article 1031 laisse à la charge des officiers ministériels les actes nuls ou frustratoires ; l'article 102 du décret du 30 mars 1808 au-

1. — Cass. 29 déc. 1845. D. 46. 1. 56. Voir aussi les différents arrêts cités dans ce chapitre.
2. — Rapport de M. Mallarmé au tribunat sur l'art. 1031.

torise la condamnation aux dépens, en leur nom personnel, des officiers ministériels en contravention aux lois et règlements; l'article 103 du même décret décide que chaque chambre des tribunaux connaîtra des fautes de discipline commises ou découvertes à son audience.

Ces dispositions, prises dans leur ensemble ou isolément, sont de nature à atteindre le but indiqué par l'orateur du tribunat et permettent aux tribunaux de réprimer, au cours des procès, tous actes même seulement abusifs des officiers de justice.

L'article 1031 ne constitue pas une innovation du code de procédure civile. Il est, en termes adoucis, la reproduction de l'article 16 de la loi du 3 brumaire an II (1), qui était ainsi conçu : Les tribunaux, en « taxant les frais, sont tenus, *sous peine de prévarication*, de rejeter « de la taxe tous frais frustratoires: ceux faits dans les procédures « nulles par le fait de l'avoué, ceux des pièces dont la notification « n'aura pu avoir évidemment d'autre objet que celui d'augmenter le « volume de la procédure et la somme des frais ». Le législateur, en 1806, s'est approprié cette disposition dont il avait pu apprécier l'importance et la nécessité.

Comme l'article 132 du C. p. c., l'article 1031 comprend trois parties distinctes. Dans la première il enjoint de laisser à la charge des officiers ministériels les actes et procédures nuls et frustratoires ; dans la seconde il permet l'allocation des dommages-intérêts au profit de la partie, dans la troisième il autorise les tribunaux à prononcer, suivant l'exigence des cas, la suspension de l'officier ministériel en faute.

La première de ces dispositions est indépendante des deux autres, en ce sens qu'elle peut être seule prononcée. Les deux autres au contraire, indépendantes entre elles, ne peuvent être appliquées que si l'infraction à la première disposition est constatée et retenue.

30. — But et portée de l'article 1031. — L'article 1031 a donné ieu à des interprétations diverses, et son application a soulevé des difficultés dont nous trouvons la trace dans les différents document de jurisprudence examinés au cours de ce chapitre.

Les uns semblent croire que l'article 1031 n'a d'autre effet que d'empêcher les officiers ministériels d'exiger le paiement d'actes nuls ou frustratoires.

D'autres paraissent considérer, d'une façon générale, que tout ce qui concerne les actes et procédures nuls et frustratoires sort du droit commun (2), et semblent accorder aux tribunaux un pouvoir absolu,

1. — *Bull. des lois*, t. 8, p. 11.
2. — Dalloz, v° *Frais et dépens*, n°s 898 à 904 et les arrêts cités ; v° *Avoué* n°s 224 et suivants et les arrêts cités.

tant sur l'appréciation des faits que sur les moyens d'appliquer l'article 1031.

C'est aller un peu loin, car notamment les deux dernières dispositions de l'article 1031 sont limitées par les règles spéciales ou de droit commun soit en matière disciplinaire, soit en matière civile.

Le législateur s'est, à notre avis, exprimé en termes peu équivoques, et dont la portée est facile à dégager.

Il enjoint, par une disposition dont le caractère impératif (1) est généralement reconnu, de laisser à la charge des officiers ministériels qui les ont faits, les actes et procédures nuls et frustratoires.

Ce n'est pas une simple faculté, mais une *obligation* imposée au juge et à laquelle celui-ci ne saurait se soustraire, dès que la nullité d'un acte ou d'une procédure ou leur caractère frustratoire ont été constatés.

Il autorise en outre les tribunaux, suivant l'exigence des cas, à prononcer une peine grave, la suspension, et à accorder des dommages-intérêts à la partie.

Les tribunaux sont donc armés d'un *pouvoir propre* qu'ils sont tenus d'exercer en vertu de la première partie de l'article 1031. Les autres pénalités prévues par cet article sont laissées à leur appréciation.

La première partie de l'article 1031 a pour effet d'affranchir la partie des dépens que régulièrement elle ne peut être appelée à supporter, soit parce qu'ils ne sont pas prévus par les tarifs, soit parce qu'ils supposent une faute de la part de l'officier ministériel.

Cette disposition est-elle ou non une mesure disciplinaire ?

On peut dire d'une part que l'obligation imposée au juge, la protection accordée à la partie sans qu'elle ait besoin d'intervenir, constituent des mesures basées sur la nécessité de maintenir les officiers ministériels dans les limites de leurs devoirs professionnels, et par suite des mesures touchant à la discipline. Mais, d'autre part, ne peut-on voir dans ce texte une simple extension des pouvoirs du juge d'apprécier les dépens exposés devant lui ? De plus, le fait de laisser à la charge d'officiers ministériels des dépens, ne constitue pas, à proprement parler, une peine disciplinaire ; il suffit en effet que le juge écarte les frais abusifs de la liquidation des dépens, et il n'intervient contre l'officier aucune *condamnation* aux dépens en son nom personnel, comme dans le cas de l'article 132 du C. p. c. et dans celui de l'article 102 du décret du 30 mars 1808.

Décider que ce texte est purement disciplinaire ou destiné seulement à protéger l'intérêt civil de la partie serait en restreindre les effets

1. — Chauveau et Carré, *Lois de la Proc.*, Question n° 3395 *bis;* Dalloz, Supp., v° *Frais et dépens*, n° 509 ; Cass. 20 déc. 1876. D. 77. 1. 170.



dans une large mesure en subordonnant son application dans le premier cas, aux règles et aux formes en matière disciplinaire, et, dans le second, aux règles et aux formes en matière civile. Ce serait en méconnaître le caractère impératif et obligatoire car, en matière de discipline, les droits et la compétence du juge sont forcément limités et, en matière civile, le juge ne saurait se saisir d'office.

Pour nous la première partie de l'art. 1031, à la fois disciplinaire et protectrice de l'intérêt de la partie, constitue une disposition spéciale, exceptionnelle, dit la cour de cassation (1), qui se suffit à elle-même, et qui est opposable aux prescriptions du droit commun toutes les fois que celles-ci seraient de nature à faire échec à la règle qu'elle pose ou à en affaiblir les effets (2).

Telle paraît bien avoir été la pensée du législateur. En effet le tribun Mallarmé, faisant allusion, dans son rapport au tribunat, à l'exagération des frais qui avaient été la plaie des procès sous l'ancien régime, s'exprimait ainsi : « Un abus aussi scandaleux devra disparaître quand la loi que vous allez rendre *aura prescrit aux tribunaux* « de laissser à la charge des officiers ministériels les actes et les pro- « cédures nuls et frustratoires qu'ils auront faits » (3).

L'art. 1031 est au contraire purement disciplinaire, quand il permet aux tribunaux de prononcer la peine de la suspension et ne se réfère qu'à des intérêts civils quand il autorise l'allocation de dommages-intérêts au profit de la partie.

Le caractère obligatoire de la première partie de l'art. 1031 a été reconnu par la cour de cassation. Un jugement du tribunal de Bourges avait déclaré frustratoires des frais de signification faits par un avoué mais, à raison de ce qu'il avait pu se tromper de bonne foi, les honoraires réclamés par cet avoué avaient été seuls retranchés de la taxe. Sur le pourvoi de la partie la Cour de cassation a cassé la décision du tribunal par ce motif : « Attendu que le jugement attaqué, après avoir « reconnu que les significations étaient frustratoires, en a néanmoins « mis les déboursés à la charge de la partie, en quoi il a formellement « violé l'art. 1031 du C. pr. civ., etc. » (4).

Il en est naturellement des actes ayant entraîné une condamnation d'amende comme des actes ou procédure nuls ou frustratoires. Quand

1. — Cass. 7 avril 1880, D. 80, 1, 218.
2. — *Contrà :* Cass. 21 fév. 1821. Sirey, 22, 1, 34. D. 55, 1, 460. Dans cet arrêt la cour semble reconnaître un caractère disciplinaire à l'ensemble de l'art. 1031.
3. — Motifs et rapports sur le C. pr. c., page 419.
4. — Cass. 10 nov. 1858, D. 58. 1. 463. — Dans le même sens, Cass. 10 déc. 1876, D. 77. 1. 170. — 7 avril 1880. D. 80, 1. 218.

le vice de tels actes est constaté par le juge, il est obligé d'en laisser les frais à la charge de l'officier ministériel qui en est l'auteur.

L'art. 1031 est en somme un moyen sûr et rapide de réprimer les abus de la procédure. Il supprime, au profit de la partie, la nécessité de recourir aux actions en responsabilité basées soit sur l'article 1382, soit sur l'art. 1992 du C. civ., ou à la plainte, pour échapper aux frais abusifs qu'on voudrait lui imposer. Il déplace la charge de la preuve ; en effet les frais sont présumés faits dans l'intérêt de la partie ; l'art. 1031 détruit cette présomption et oblige l'officier ministériel, qui veut exercer un recours à raison des frais laissés à sa charge, à établir, en sa qualité de demandeur, ou qu'ils étaient utiles ou qu'ils ont été formellement imposés par le mandat dont il a été chargé.

L'art. 1031 protège à la fois toutes les parties en cause en ce sens que le tribunal procédant d'office, au cours d'une instance, peut déclarer tel acte ou telle procédure frustratoire et en laisser la charge à l'officier ministériel qui en est l'auteur, quelle que soit la partie qu'il représente et quelle que soit l'issue du débat. L'art. 1031 ne fait aucune distinction à ce sujet.

31. — Comment l'art. 1031 sera-t-il appliqué par les tribunaux ? — Taxe des dépens. — L'article 1031 n'a pas indiqué les formalités de son application. Son texte laisse une grande latitude aux tribunaux à cet égard.

Il y a lieu d'écarter d'abord deux cas qui ne présentent aucune difficulté. Celui, en premier lieu, où soit comme demandeur ou soit comme défendeur, un client de l'officier ministériel intente ou repousse une action qui aurait comme but le paiement de frais dûs à cet officier et qu'il prétendrait être frustratoires. Sur l'action ainsi introduite devant lui le tribunal aurait à rechercher si les frais réclamés résultent d'actes nuls et frustratoires, et pourrait appliquer dans son ensemble les dispositions de l'article 1031.

Il est certain, en second lieu, qu'une poursuite disciplinaire basée sur l'article 1031 et suivie dans les formes prescrites par l'article 103 du décret du 30 mars 1808 peut être intentée par le Procureur de la République.

Mais comment s'exercera le *pouvoir propre* des tribunaux ? D'abord l'article 1031 se combine, dans sa première partie, avec le second décret du 16 février 1807 sur la liquidation des dépens. C'est en vertu de l'article 1031 que le juge taxateur a le droit de retrancher de l'état fourni le coût des actes frustratoires et il ne doit accorder, en ce cas, ni les émoluments ni les déboursés. Le juge peut aussi rejeter en bloc les frais occasionnés par une procédure frustratoire ; mais M. Boucher d'Argis fait ici, avec raison, cette réserve, que c'est à con-

dition que le juge taxateur ne soit pas lié par l'autorité de la chose jugée (1). Si en effet le tribunal, en statuant sur le fond ou l'incident, a admis le principe de la procédure et prononcé sur les dépens, le juge ne pourrait plus, de sa seule autorité, les déclarer frustratoires.

En second lieu les tribunaux peuvent appliquer d'*office* l'article 1031, sauf en ce qui concerne les dommages-intérêts, et par une disposition particulière du jugement qui statue sur l'instance principale.

La forme impérative de l'article 1031, les termes du rapport du tribun Mallarmé, qui indique que cet article *prescrit* aux tribunaux de laisser à la charge des officiers ministériels les actes et procédures nuls ou frustratoires, ne laissent pas de doute à cet égard. L'acte nul ou frustratoire constitue aussi une faute découverte à l'audience, à ce titre encore le tribunal peut procéder d'office. Enfin l'application de la mesure grave et purement disciplinaire de la suspension que permet la dernière partie de l'article 1031, suppose toujours un jugement, et ne saurait, en aucun cas, dépendre du fait que les parties se seraient prévalues des dispositions de cet article et se trouver ainsi uniquement subordonnée à leur volonté.

La question ne se pose même pas du reste lorsqu'il est statué en matière sommaire. Le tribunal tout entier liquide les dépens ; il se trouve donc amené, par la force des choses, à rejeter d'office les droits que ne comportent pas les affaires de cette nature et à repousser tous les frais frustratoires. Le tribunal, pas plus que le juge taxateur, n'est tenu de donner le motif du rejet de certains actes ; il ne sera appelé à s'expliquer sur ce point que si le jugement est frappé d'opposition du chef de la liquidation des dépens.

En matière ordinaire l'article 2 du second décret de 1807 ne nous paraît pas s'opposer au droit du tribunal de liquider certains dépens, même tous les dépens et, en tout cas, de se prononcer d'office sur le caractère frustratoire de certains d'entre eux. Cet article 2 n'est pas plus prescrit, à peine de nullité, que ne l'est l'article 543 du C. p. c., et ne restreint en aucune manière la portée de l'article 1031. Le juge taxateur, en matière ordinaire, n'est en réalité que le délégué du tribunal (2).

Il est certain que le tribunal, en examinant la valeur et l'importance d'un acte de procédure au point de vue du fond, en apprécie en même temps le but et l'utilité dans la marche de l'affaire et se trouve à même aussi bien que le juge taxateur, d'en déterminer le caractère frustratoire ou non. Dans ce cas toutefois la décision du tribunal devrait être

---

1. — Boucher d'Argis, *Dict. de la taxe*, v° *Frais frustratoires*, p. 180.
2. — Caen, 13 mars 1871, D. 72. 6. 259, motifs de la décision.

motivée, car il agit surtout en vertu de son pouvoir propre et non comme liquidateur de dépens, ainsi qu'il le fait en matière sommaire.

Ce droit pour les tribunaux de procéder d'office n'a jamais été considéré par la Cour de Cassation comme un excès de pouvoir ou une violation de la loi (1).

Il y a lieu d'observer que laisser à la charge d'un officier ministériel certains frais, par décision motivée comprise au jugement sur le fond, constitue une mesure plus grave, à raison de sa publicité, que le rejet pur et simple qui en serait fait de la taxe par le juge chargé de liquider les dépens. Le tribunal aura à examiner s'il convient de prendre cette mesure par jugement ou par voie de retranchement ; c'est une appréciation de la gravité de la faute qui rentre dans l'exercice de son pouvoir et sur laquelle il n'est pas tenu de s'expliquer.

32. — Pouvoir des tribunaux. — Distinctions. — L'article 1031 permet aux tribunaux l'application de trois mesures différentes pour réprimer les abus de la procédure.

La première partie a pour effet d'empêcher qu'il soit réclamé au plaideur ce qu'il ne doit pas ; la discipline et l'intérêt de la partie sont à la fois intéressés à l'application de cette disposition.

Le seconde partie qui prévoit l'allocation de dommages-intérêts protège les seuls intérêts du plaideur ; la troisième enfin autorise le juge à prononcer la suspension.

Cette dernière peine constitue une mesure purement disciplinaire qui ne profite qu'indirectement à la partie, et ne la touche que dans la mesure de son intérêt au maintien du bon ordre et de la discipline imposée aux officiers ministériels.

D'où ces conséquences :

1° Tout tribunal doit laisser à la charge des officiers ministériels les frais des procédures ou actes nuls et frustratoires relatifs à l'instance dont il est saisi et sur les dépens de laquelle il aura à statuer.

2° La suspension, au contraire, ne peut être prononcée que par le tribunal auprès duquel l'officier ministériel exerce ses fonctions, au moins d'après la jurisprudence (2).

3° Le juge est obligé de laisser à la charge d'un officier ministériel les frais des actes nuls et frustratoires, dès que l'un de ces caractères leur a été reconnu et sur ce point son appréciation est souveraine. Il ne sera donc pas nécessaire d'entendre l'officier ministériel en ses

1. — En ce sens, Rodière : *Cours de procédure*, p. 270 ; Dalloz, v° *Frais et dépens*, n. 898 et suivants et Supp., 509 et suivants ; Cass., 22 mai 1832, D. v° *Avoué*, p. 60, note 2. Voir aussi Cass., 7 av. 1880, D. 80, 1, 218 ; Cour de Rennes, 11 avril 1835, Dalloz, v° *Défense*, p. 45, note 3 et n° 186.
2. — Voir n. 11, 21.



moyens de défense. La suspension au contraire ayant un caractère répressif ne saurait être infligée sans que les droits de la défense aient été respectés.

4° Des réparations civiles supposent toujours une demande de la partie qui a souffert le dommage ; l'instance, sur ce point, devra donc se trouver liée régulièrement entre les parties.

Nous allons examiner ces différentes propositions.

§ 1. — *Compétence des tribunaux.*

33. — La loi oblige le juge à appliquer la première partie de l'article 1031 ; il reste à rechercher quelle sera l'étendue de la compétence des tribunaux sur ce point, quels actes ou quelles procédures seront atteints par cette disposition.

Il ne s'agit pas ici, comme au cas de l'article 132 C. p. c., de prononcer une condamnation aux dépens, en son nom personnel, contre l'officier ministériel en faute, mais simplement d'écarter des dépens les frais des actes nuls et frustratoires.

Or, chaque fois qu'une juridiction est appelée à statuer sur des dépens exposés soit devant elle, soit devant une juridiction inférieure, et qui sont les accessoires d'une instance principale, son droit de ne comprendre, dans la liquidation, que ceux qu'elle considère comme régulièrement faits, est la conséquence même de son droit d'appréciation.

L'article 1031 se combine sur ce point avec le second décret du 16 février 1807.

Le retranchement des actes nuls ou frustratoires se fera généralement par la voie de la taxe. Nous avons vu qu'il pouvait aussi intervenir par décision motivée comprise au jugement sur le fond.

Une Cour pourra-t-elle employer ce dernier moyen à l'égard d'un avoué de première instance, un tribunal le pourra-t-il également à l'égard d'un huissier qui ne lui sera pas spécialement attaché ?

Certains auteurs admettent que dans son ensemble l'article 1031 a un caractère disciplinaire et estiment qu'il ne saurait être appliqué que par les juridictions compétentes en matière de discipline (1).

Mais l'opinion contraire est plus conforme au texte et à l'esprit de l'article 1031, dont les termes sont impératifs et ne font pas de distinction. Il impose, d'une façon générale, l'obligation de laisser certains

1. — En ce sens Dutruc, *Off. min.*, nos 348 et suivants. — Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Disc.* nos 298 et suivants. — Morin, v° *Disc.*, tome I, n° 232.

dépens à la charge des officiers ministériels, sans distinguer entre les différentes juridictions ; ce devoir doit donc être rempli toutes les fois qu'une juridiction statue avec compétence sur les dépens. C'est du reste la suite logique des effets que produit le double degré de juridiction. Une cour peut déclarer nul, sur l'appel dont elle est saisie, un acte reconnu valable en première instance ; si cette nullité est le fait de l'officier ministériel, les frais doivent être laissés à sa charge. L'erreur du premier juge, que l'appel a pour but de réformer, se trouverait, dans l'opinion contraire, empêcher les effets de l'article 1031, ce qui n'est pas admissible, et il faudrait, pour restreindre les droits de la Cour, un texte formel. Or, ce texte n'existe pas en ce qui concerne les dépens.

De même encore un huissier étranger au ressort du tribunal devant lequel le procès se déroule, a signifié un acte nul par son fait et déclaré tel par le tribunal. Le jugement devra, en même temps, en laisser le coût à la charge de l'officier ministériel en faute, c'est la conséquence du caractère impératif et général de l'article 1031. L'article 60 du C. p. c., relatif à la compétence en matière de frais, ne fait pas échec, quelle que soit l'interprétation qu'on lui donne, à cette dernière opinion.

En résumé, la première partie de l'article 1031 peut être appliquée par les tribunaux de première instance : 1° à tous lês avoués et huissiers exerçant dans l'étendue de leur ressort ; 2° à tous les huissiers, même étrangers à leur ressort, dont le ministère a été nécessaire à la marche de la procédure ;

Et par les Cours d'appel :

1° A tous les avoués et huissiers exerçant auprès d'elles ; 2° aux avoués et aux huissiers de première instance à l'occasion d'un procès dont la connaissance leur est dévolue comme second degré de juridiction.

La question ne saurait se poser pour un tribunal d'instance relativement aux frais faits par un avoué étranger à son arrondissement. En effet, si un tribunal se trouve saisi, par un évènement juridique quelconque, d'une instance commencée devant un autre tribunal, les frais nécessités par cette instance lui parviendront taxés et ne sauraient être modifiés par un tribunal de même ordre. Du reste, un tribunal n'est compétent relativement aux frais d'une instance, *en tant que dépens proprement dits*, qu'à l'égard des frais exposés en vue de la mise en œuvre de cette instance. Les condamnations aux dépens, relatives à d'autres procédures, ne sauraient être allouées qu'à titre de dommages-intérêts (1).

---

1. — Cass., 4 mars 1873, D. 73.1.56.



§ II. — *Suspension.*

34. —La suspension, constituant une peine disciplinaire, ne peut être appliquée par les tribunaux, d'après la jurisprudence du moins, qu'aux officiers ministériels qui leur sont attachés spécialement ; la compétence des tribunaux, en matière disciplinaire, ne s'étend pas sur les officiers ministériels étrangers à leur ressort (1). La Cour de cassation n'admet même pas que les Cours ou tribunaux puissent à l'égard de ces derniers se saisir d'office sous prétexte que la faute aurait été découverte à leur audience (2).

La suspension peut être prononcée suivant l'exigence des cas, dit l'article 1031. La suspension implique une faute plus lourde qu'une simple négligence et suppose des actes qui compromettent gravement la dignité des officiers ministériels ou les intérêts de leurs clients.

La suspension sera prononcée à raison des faits répréhensibles prévus par la première partie de l'article 1031. Il sera donc nécessaire que ces faits soient précisés et caractérisés par le jugement.

Le droit de prononcer d'office la suspension est absolu pour le tribunal ; il n'est pas nécessaire que le ministère public l'ait requise et même ait été entendu (3).

§ III. — *L'officier ministériel doit-il être entendu en ses moyens de défense?*

35. — Le caractère impératif et obligatoire pour le juge de la pre mière partie de l'article 1031 ne paraît pas laisser place au droit de défense. Pas plus que devant le juge taxateur, un débat ne doit s'ouvrir devant le tribunal appliquant d'office cet article, les motifs, même sévères, que pourrait donner sur ce point le tribunal ne constituant pas, par eux-mêmes, une peine disciplinaire. La nullité d'un acte ou son caractère frustratoire étant reconnus, sur ce dernier point l'appréciation du juge est souveraine ; l'article 1031 intervient et doit être appliqué (4).

1. — Loi du 14 juin 1813, art. 73. — Cass. 1845, D. 46.1.56. Voir toutefois, nos 11 et 21.
2. — Même arrêt.
3. — Cass. Req., D. 44. 4. 140, n° 12.
4. — Cass., 23 fév. 1855, D. 55. 1. 460. — Dalloz, v° *Défense*, n° 185 et les arrêts cités. —Dalloz, Supp., n° 58.— Cass. 7 av. 1880. D. 80. 1. 218. — *Contrà* : Chauveau, Question 3396 ; Morin, v° *Disc.*, tome 2, n° 762.

La procédure vicieuse a de plus été l'objet du débat ; elle a été soutenue à l'audience par l'avoué qui en est l'auteur. On ne peut pas dire en réalité qu'il n'a pas été entendu à ce sujet (1). La question serait plus douteuse en ce qui concerne l'huissier qui n'est pas appelé à la barre à soutenir les actes de son ministère, mais la règle imposée par la loi est formelle et ne souffre pas d'exception. Du reste le recours de droit réservé à l'officier ministériel contre son mandant est une garantie suffisante qui n'existe pas quand le tribunal procède en vertu de l'article 132 du C. p. c. Cependant, si l'état de la procédure le permettait et que les officiers ministériels fussent présents à l'audience, rien ne s'opposerait à ce qu'ils fussent interpellés sur ce point et leurs réponses constatées dans le jugement.

La suspension, au contraire, est une peine purement disciplinaire laissée à l'appréciation du juge par l'article 1031. L'officier ministériel devra donc être appelé à se défendre et il sera procédé ainsi que nous l'avons dit au n° 22 quand il y a lieu d'appliquer l'article 132 du C. p. c.

§ IV. — *Dommages-intérêts.*

36. — Les dommages-intérêts prévus par l'article 1031 ne seront accordés que sur la demande des parties (2). Le tribunal qui condamnerait à des dommages-intérêts sans conclusions des parties, jugerait *ultra petita* (3).

Il faut appliquer ici les règles touchant la responsabilité ; le préjudice doit donc être certain, appréciable. Ainsi les juges en condamnant un officier ministériel aux frais d'un acte annulé n'accorderaient pas de dommages-intérêts, si l'annulation de cet acte n'avait eu aucun effet soit sur la marche de la procédure, soit sur le fond du débat (4), ou même si le procès empêché par cette annulation n'était pas sérieux et n'avait aucune chance de succès. En ce dernier cas, la cour ou le tribunal aurait à examiner le fond, dans la mesure de ce qui serait nécessaire, pour apprécier les conséquences dommageables de l'acte annulé (5).

L'article 1031 prévoit que les dommages-intérêts peuvent être accordés. Il en résulte qu'il n'est pas nécessaire que la partie ait recours à

1. — Dalloz, v° *Avoué*, page 60, note 2, arrêt du 22 mai 1832.
2. — Chauveau et Carré, *Lois de la procédure*, Question 3395 *bis*.
3. — Rodière, *Cours de compétence et de proc. civ.*, tome 1, page 290.
4. — Nîmes, 10 fév. 1859, D. 59. 2. 139. — Colmar, 15 juin 1857, D. 58. 2. 173. — Cass. 26 nov. 1890, D. 91. 1. 18.
5. — Mêmes arrêts.

une action spéciale et distincte. Elle pourra obtenir qu'il soit fait droit par un seul et même jugement sur le fond et sur les dommages-intérêts qu'elle réclame. Toute partie plaide en effet sur les dépens qui sont la conséquence du procès ; et, comme son droit est de demander au tribunal d'écarter les frais des actes nuls ou frustratoires, elle peut, par voie de conséquence, conclure à la réparation du préjudice éprouvé. S'il en était autrement, l'article 1031 n'aurait aucune raison d'être, car il ne ferait que reproduire le principe posé par les articles 1382 et 1992 du C. civ.

L'officier ministériel présent à la barre acceptera vraisemblablement le débat relativement aux dommages-intérêts sur de simples conclusions. Dans le cas contraire il devrait être assigné.

37. — **Quels sont les officiers ministériels visés par l'art. 1031 ?** — Les officiers ministériels auxquels s'applique l'art. 1031 sont évidemment ceux qui sont mêlés à la procédure, c'est-à-dire les avoués et les huissiers.

Cet article s'applique-t-il aussi aux greffiers ? Certains auteurs penchent pour l'affirmative (1) et estiment que les greffiers sont de véritables officiers ministériels, d'abord parce que, n'ayant pas le privilège de juridiction établi par les art. 479 et 483 du code d'instruction criminelle, ils ne sont pas des magistrats, et aussi parce qu'ils concourent pour certaines ventes, avec les officiers ministériels, qu'ils sont astreints à un cautionnement et ont le droit de présenter un successeur (2).

Mais c'est avec raison que la qualité d'officier ministériel n'est pas reconnue aux greffiers lesquels, bien que n'étant pas des magistrats, n'en font pas moins partie du tribunal qui n'est régulièrement composé qu'avec leur assistance(3). Ils sont de plus fonctionnaires publics rétribués par l'État. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens par de nombreux arrêts (4).

L'art. 1031 n'est donc pas applicable aux greffiers. Ceux-ci du reste n'ont aucune initiative dans les procédures ; leurs fonctions sont soumises à des règles étroites et la surveillance des magistrats s'exerce d'une manière incessante sur les actes de leur ministère.

38. — **Tribunaux de commerce. — Justices de Paix.** — Les tribunaux de commerce et de paix peuvent appliquer l'art. 1031 aux frais exposés devant eux. Ces juridictions ne sont exclues ni par l'art. 1031 ni par d'autres textes du droit de taxer et par suite du droit de décla-

---

1. — Carré et Chauveau, question 3400.
2. — Garsonnet, *Traité de procédure*, tome 1, page 375.
3. — Décret du 30 mars 1808, art. 91.
4. — Cass. 7 mai 1880, D. 80. 1. 477; 3 févr. 1892. D. 92. 1. 201 ; Morin, v° *Disc* , tome 1, n° 98.

rer frustratoires certains actes. Le droit de taxer « découle naturelle-
« ment de l'obligation de juger, puisqu'il est nécessaire que la partie
« condamnée aux dépens connaisse le montant des dépens qu'elle doit
« payer » (1).

Devant ces juridictions l'art. 1031 ne s'appliquera qu'aux huissiers, seuls officiers ministériels appelés à y faire des actes de leur ministère.

Le rejet des actes nuls ou frustratoires se fera soit par le jugement sur la contestation au fond, soit par la taxe postérieure. Du reste en matière commerciale, la procédure est analogue à celle suivie devant les tribunaux civils en matière sommaire ; la liquidation des dépens doit donc être faite par le jugement qui les adjuge (2).

39. — Procédures et actes nuls. — Actes ayant donné lieu à une condamnation d'amende. — Cette partie de l'art. 1031 se rapporte aux art. 1029 et 1030 du code de procédure civile.

L'art. 1031 ne s'appliquera donc « qu'aux nullités des exploits et
« procédures et aux nullités qui tiennent aux actes eux-mêmes et non
« à la qualité des parties personnellement » (3).

Quant aux actes ayant donné lieu à une condamnation d'amende, ce sont ceux, dit l'art. 1030, dans lesquels se rencontre une omission ou une contravention imputable à l'officier ministériel (4).

40. — Procédures et actes frustratoires. — Frustratoire vient de *frustra*, en vain.

Ce mot indique donc ce qui est sans intérêt, sans utilité pour l'instruction de la cause (5).

Un acte qui n'est ni prescrit, ni autorisé, ni utile, est fait en vain, c'est un acte frustratoire (6).

Ces définitions sont complètes et précises et sont adoptées par les auteurs et la jurisprudence (7).

Le caractère frustratoire d'un acte ou d'une procédure est souverainement apprécié par la cour ou le tribunal et échappe au contrôle de la Cour de Cassation. De nombreuses décisions ont été rendues dans ce sens (Cass., 31 mai 1858, *Dalloz*, 1858, 1, page 407 ; 28 février 1855, *Dalloz*, 1855, 1, 460 ; Rennes, 3 juillet 1874, *Dalloz*, 1877, 2, 125, etc.).

---

1. — Cass. 8 juin 1864, D. 65. 1. 67 ; Caen 13 mars 1871, D. 72. 5. 239 ; Morin v° *Disc.*, tome 1, n° 233.
2. — Bioche, *Dict. de proc.* v° *Trib. de com.* n°s 37 et 113.
3. — Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, question 3392.
4. — Voir n°s 48 et suiv.
5. — Boitard et Colmet d'Aage, *Leçons de procédure civile*, art. 1031.
6. — Carré et Chauveau, *Lois de la procédure*, tome 6, page 832, note 2.
7. — Bioche, *Dictionnaire de procédure*, V° Frais frustratoires. Boucher d'Argis, *De la taxe en matière civile*, V° Frais frustratoires.

Ont été déclarés frustratoires :

Une signification de jugement faite à une partie qui n'est frappée par ce jugement d'aucune condamnation et qui n'aurait pas le droit d'en interjeter appel (Cass., 18 juin 1856., *Dalloz*, 1856, 1, 253).

Les frais d'une opposition à l'ordonnance du président qui permet d'assigner à bref délai, lorsque déjà une première opposition ayant le même objet a été rejetée par le tribunal dans la même cause (Rennes, 13 janvier 1831, Dalloz, v° *Délai*, p. 312, note 5).

Les frais résultant de copies de pièces exagérées (Req., 26 décembre 1837. *Dalloz*, J.G. Avoué, n. 242);

Les frais faits par des avoués demandeurs ou défendeurs dans une demande en liquidation et partage d'une succession, alors que connaissant l'existence d'un héritier, ils ne l'ont pas fait figurer dans l'instance (Angers, 29 juillet 1843, D. Succession, n. 1582);

Les significations de conclusions faites en plus d'une copie à un même avoué représentant plusieurs parties ayant le même intérêt (Poitiers, 27 juillet 1842. *Dalloz*, J. G. Frais et dépens, n° 900);

La signification des jugements préparatoires faite à la partie (Req. 25 fév. 1834. *Dalloz*, J. G. Frais et dépens, n. 358);

En général toutes les significations faites à la partie, alors qu'elles ne doivent l'être qu'à avoué;

Les copies de pièces exagérées, inutiles ou non prescrites;

Les frais de signification aux créanciers en cause d'un jugement d'adjudication après conversion (Cass. 10 novembre 1858, Dalloz, 1858, 1, 463);

Des conclusions signifiées postérieurement à celles du ministère public, ou après que la cause a été mise en délibéré (Rennes, 6 janvier 1844, Sirey, 1844, 2, 466);

Les frais d'une procédure nécessaire pour parvenir à la vente par licitation de biens de mineurs, si l'avoué poursuivant a négligé de mettre en cause le subrogé-tuteur des mineurs (Aix, 8 fév. 1838, Sirey, 38, 2, 254);

La signification aux experts d'un jugement ordonnant une expertise (Sirey, 44, 2, 466);

La signification d'un jugement d'adjudication à des co-licitants alors que l'avoué a agi sans mandat ou sans réquisition (D. 55. 1, 236);

Les dépens, résultant dans une affaire pénale de l'emploi, par la partie civile, d'un avoué (Cour d'Agen, 12 mars 1896, *Gaz. Palais*, 23 mars 1896). Ces dépens pourraient être alloués à titre de dommages-intérêts.

La jurisprudence contraire ne paraît pas soutenable, le ministère des avoués n'étant pas prescrit en matière correctionnelle même pour la défense, devant ces juridictions, d'intérêts civils. Dans les articles

185 et 295 du C. i. c. il est bien fait mention des avoués, mais ceux-ci apparaissent plutôt comme conseils remplissant une fonction équivalente à celle des avocats ; et, en aucun cas, ils n'ont de procédure à édifier. Le tarif criminel ne prévoit pas d'émoluments les concernant, et le tarif civil ne saurait être étendu, par analogie, aux matières pénales. Ils ne sont donc que des mandataires devant les juridictions pénales, ou des conseils dont le salaire est à la charge de celui qui les commet.

Toute liquidation de dépens, en matière pénale, doit donc écarter les frais nécessités par la présence de l'avoué, sauf le droit pour le tribunal de les comprendre dans les dommages-intérêts (1).

La jurisprudence est allée plus loin encore et a décidé que des frais frustratoires devraient rester à la charge de l'officier ministériel, alors même qu'il se serait trompé de bonne foi. « Attendu, dit la Cour de « Cassation, que l'avoué est un mandataire de profession sur le savoir « duquel le mandant a le droit de compter et dont la responsabilité est « nettement déterminée par l'article 1031 ».

Dans l'espèce, il s'agissait de trente-deux significations, faites à des créanciers inscrits, d'un jugement admettant une vente sur conversion. Les frais de tels actes étaient évidemment frustratoires et avaient été déclarés tels par jugement du tribunal de première instance. Mais le tribunal constatant que l'avoué « s'était trompé de bonne foi », n'avait retranché de la taxe que les honoraires par lui réclamés. C'est ce jugement que cassa la cour suprême par l'arrêt dont nous rapportons plus haut un des considérants (Cass. 16 nov. 1858. Dalloz, 1858, 1, 464).

La cour de Bordeaux a statué dans un sens analogue en décidant qu'un « avoué n'aurait pas dû consentir à engager une instance qu'il « a été contraint d'abandonner et qui n'a présenté aucun profit pour « son client ; qu'en cédant aux sollicitations de ce client, il a commis « une faute dont il doit subir la responsabilité... que l'avoué aurait dû « éclairer son client sur les inconvénients du mode de procéder et lui « refuser absolument son concours » (2).

Cette seconde décision complète la première ; elles répondent toutes deux aux termes précis de l'art. 1031 et au but auquel il tend. Les conséquences déduites de cet article par la jurisprudence sont logiques : l'avoué est un mandataire auquel la partie est forcée de recourir, il doit être à la fois suffisamment éclairé et désintéressé pour ne pas prêter son ministère à une procédure vicieuse ou inutile.

---

1. — La décision du ministre de la Justice du 18 juillet 1807 (D. 1807. 2. 120), n'est pas absolument contraire à cette opinion. Tarif criminel, art. 3, n° 1. *Contrà*. Cassation, Bull. du 15 juillet 1897.

2. — Bordeaux, 22 août 1871, D. 72, 2, 214.

Il ne faudrait pas cependant entendre cette règle d'une manière trop absolue, car on en arriverait à dire que toute procédure aboutissant à un échec serait une procédure au moins inutile. Elle doit être interprétée avec le sens qu'on donne au mot frustratoire et que nous avons indiqué plus haut, et ne s'appliquer qu'au cas ou il y a eu de la part de l'officier ministériel dol, impéritie, faute lourde (1).

La jurisprudence a du reste apporté elle-même les justes correctifs à cette règle en décidant que s'il y a controverse sur l'utilité d'un acte de procédure, cet acte doit être passé en taxe (2). En effet en négligeant de faire un acte dont l'utilité peut être reconnue, l'officier ministériel engagerait plus certainement encore sa responsabilité (3).

Il convient aussi de faire observer que les dispositions de l'art. 1031 ne peuvent s'appliquer qu'aux actes accomplis par l'officier ministériel comme mandataire *ad litem*, et que les fautes dont il se rendrait coupable dans l'exécution d'un mandat ordinaire devraient être appréciées conformément aux règles du mandat, sauf naturellement le droit subsistant toujours pour la partie publique de poursuivre disciplinairement, si l'officier ministériel avait gravement compromis son caractère (4).

VOIES DE RECOURS.

§ 1. — *Recours contre la partie.*

41. — L'officier ministériel à la charge duquel des frais ont été laissés par le tribunal ou le juge taxateur a un recours, pour le paiement des sommes mises à sa charge, contre la partie à qui ces frais ont pu profiter ou par qui ils ont été spécialement imposés ou autorisés. C'est en somme l'exercice de l'action *mandati contraria*.

Cette action ne saurait naturellement aboutir si l'officier ministériel s'était permis, de son propre chef, de faire les actes retranchés de la liquidation des dépens.

Le tribunal doit-il d'office réserver le recours de l'officier ministériel ? La Chambre des requêtes (5) a décidé avec raison qu'aucun texte n'imposait une telle obligation aux tribunaux. Si, lors de l'opposition faite à la taxe par l'officier ministériel, celui-ci s'est prévalu d'un

---

1. — Chauveau et Carré, *Lois de la procédure*, question n° 3395 bis.
2. — Orléans, 19 juin 1855. Dalloz, 1856, 2, 120.
3. — Cass. 7 juillet 1868. Dalloz, 1871, 5, 323 et 324.
4. — Cass. 30 oct. 1889. Dalloz, 1889, 1, 476.
5. — Cass. Req. 8 mars 1848. Dalloz, 1848. 1. 76.

mandat spécial et a demandé qu'un recours lui fût réservé, le tribunal aurait à répondre à cette demande ; dans le cas contraire, il ne serait pas nécessaire que le jugement statuât sur ce point.

Toutefois un arrêt de la Chambre civile du 19 août 1835 (1), porte dans ses motifs « que l'arrêt de la cour d'appel, mettant à la charge « personnelle des avoués les procédures qu'il déclare avoir été frus- « tratoirement faites, a sagement réservé, à ces mêmes avoués, leur « recours contre ceux de leurs clients qui leur auraient donné un « mandat spécial contraire ; ce qui conserve le droit de tous, et affran- « chit l'arrêt du reproche d'excès de pouvoir. »

L'arrêt, qui répond ici à un des moyens du pourvoi, semble dire qu'il y aurait excès de pouvoir de la part d'une cour ou d'un tribunal qui n'accorderait pas d'office un recours à l'officier ministériel à la charge de qui des dépens ont été laissés. Cette doctrine nous paraît inutile et excessive, car le recours est de droit et aucun texte, comme le fait remarquer l'arrêt postérieur de la chambre des requêtes, n'impose une telle règle aux tribunaux.

§ 2. — *Opposition du chef de la liquidation des dépens.*

42. — Aux termes de l'article 6 du second décret du 16 février 1807, il peut être formé opposition du chef de la liquidation des dépens. Mais ce texte est-il exclusivement applicable aux parties (2), ou doit-il s'étendre aux officiers ministériels dont les frais ont été retranchés dans la taxe des dépens (3) ? La question est controversée.

Il est préférable et plus logique de décider que le droit de former opposition à l'exécutoire ou au jugement du chef de la liquidation des dépens appartient à tous ceux qui sont intéressés à cette liquidation : c'est-à-dire la partie condamnée, la partie à qui les dépens ont été adjugés, les officiers ministériels au profit de qui la distraction a été prononcée, même les officiers ministériels qui n'ont pas obtenu la distraction, ceux-ci agissant alors, sous leur propre responsabilité, au nom de leurs clients (4).

Sur l'opposition le débat s'engagera : le tribunal aura à apprécier le caractère du mandat reçu par l'officier public, si les frais laissés à sa charge lui ont été imposés ou s'ils n'ont pas le caractère frustratoire que leur a reconnu le juge taxateur ou le jugement.

---

1. — Dalloz, 1836. 1. 52.
2. — En ce sens, D. *Appel civil*, n[os] 349 et suivants. Supp. *Frais et depens*, n° 204.
3. — En ce sens, Orléans, 19 juin 1854. D. 55. 2. 120. — Nancy, 29 janvier 1870. D. 70. 2. 129.
4. — Mêmes arrêts.

Si l'on admet au contraire que l'opposition du chef de la liquidation des dépens n'appartient qu'aux parties en cause, l'officier ministériel n'aura d'autre voie à prendre que d'exercer l'action *mandati contraria*.

§ 3. — *Décisions par défaut. Opposition.*

42 bis. — La décision qui laisse des frais frustratoires à la charge d'officiers ministériels n'intervient jamais par défaut et par suite n'est pas susceptible d'opposition devant le tribunal. Nous avons vu en effet que, relativement à l'application de la première partie de l'article 1031, il n'était pas nécessaire que l'officier ministériel fût entendu en ses moyens de défense, que l'article 1031 se combinait avec le second décret du 16 février 1807.

Il en est autrement si le jugement a prononcé la suspension ; la décision de ce chef n'est contradictoire qu'à condition que l'officier ministériel ait été appelé ou entendu.

De même l'opposition serait recevable si des dommages-intérêts avaient été accordés par défaut, au cours de l'instance, sur des conclusions prises en ce sens : les règles de l'opposition, en matière civile, seraient alors applicables.

§ 4. — *Tierce-opposition.*

43. — La voie de la tierce-opposition ne saurait être admise dans le cas où est seule appliquée la première partie de l'art. 1031 (1). En effet l'officier ministériel ne figure à aucun titre dans l'instance, il n'est pas prononcé de condamnation contre lui. La question ne se pose même pas, si les retranchements ont été pratiqués par le juge taxateur.

Si le jugement a prononcé la suspension, c'est une décision disciplinaire qui comporte la voie de l'opposition, si elle est par défaut, de l'appel si elle est contradictoire. Comme il n'appartient pas à la partie de faire exécuter un tel jugement, la tierce-opposition n'a aucun intérêt et ne se comprendrait même pas. Au contraire quand des dommages-intérêts ont été accordés, la tierce-opposition serait ouverte, si la décision était intervenue de ce chef en dehors de toute participation ou de mise en cause de l'officier ministériel, car un tel jugement, auquel ce dernier serait resté étranger, l'atteindrait dans ses intérêts.

---

1. — *Contrà*. Rennes 11 av. 1825. D. *Tierce-opp.*, n° 60. 3. Amiens, 21 mai 1834, D. *Avoué*, page 58, note 1. L'arrêt de la Cour n'a pas spécialement statué sur ce point.



§ 5. — *Appel.*

44. — La question de savoir dans quel cas sera recevable l'appel sur les décisions rendues en vertu de l'art. 1031 se résout avec les distinctions qui viennent d'être faites.

L'appel doit être écarté quand la première partie de l'art. 1031 a seule été appliquée ; d'abord parce que la compétence de la première juridiction n'est pas épuisée, et que l'officier ministériel est libre d'agir ou par l'action *mandati contraria*, ou par la voie de l'opposition à la liquidation du dépens, si l'on admet que cette voie lui soit ouverte pour la défense de ses propres intérêts.

S'il a choisi cette seconde procédure, l'art. 6 du décret du 16 février 1807 reprend son empire, et l'appel ne serait permis que dans, la cas où il y aurait appel de quelque disposition de fond.

S'il a recours à l'action *mandati contraria*, c'est une instance civile, soumise à toutes les formes déterminées par le Code de procédure, et susceptible d'appel si le taux dépasse celui du dernier ressort.

Lorsque des dommages-intérêts ont été imposés, par la décision sur le fond, à l'officier ministériel appelé dans la cause, le jugement est susceptible d'appel de ce chef ; mais dans quel cas sera-t-il en premier ou en dernier ressort? Devra-t-on n'envisager sur ce point que les dommages-intérêts demandés, ou faire dépendre le droit d'appel de l'importance de la contestation principale ?

Un arrêt du 20 avril 1844 (1) de la cour de Nancy a décidé que « la demande incidente d'une valeur indéterminée sur une demande principale qui n'excède pas 1500 francs ne rend pas susceptible d'appel le jugement intervenu sur ce dernier chef, lorsque les deux demandes, principale et incidente, n'ont pas une connexité nécessaire ; par exemple, si elles pouvaient faire l'objet de deux instances séparées et si ce n'est qu'accessoirement que la seconde a été jointe à la première ; l'une peut être jugée en dernier ressort, tandis que l'autre pourra donner lieu à l'appel ».

Cet arrêt répond d'une façon très précise à la question posée. Telle est aussi, en matière de garantie qui présente quelque analogie avec notre espèce, la jurisprudence de la Cour de Cassation (2).

Donc l'importance des dommages-intérêts déterminera si la décision de ce chef est susceptible du second degré de juridiction.

---

1. — Dalloz, *Degré de juridiction*, n° 80. 4.
2. — Cass. 15 av. 1881. D. 81. 1. 341 ; 20 janv. 1869. D. 69. 1. 423 ; 24 août 1870. D. 70. 1. 430.

Un officier ministériel à la charge duquel des dépens ont été laissés par un jugement de première instance statuant sur la contestation principale, pourra-t-il intervenir en appel, si les parties ont recours au second degré de juridiction ? Cette question doit être résolue négativement (1), puisque nous admettons que la tierce-opposition en cette matière n'est pas recevable et, qu'aux termes de l'art. 466 du C. p. c. l'intervention en appel n'est permise qu'à ceux qui ont le droit de former tierce-opposition.

Du reste les juges d'appel se trouvent saisis du droit d'apprécier les dépens de première instance par l'effet même du recours au second degré de juridiction ; dans certains cas l'officier ministériel sera affranchi, par la force même des choses, des suites du jugement de première instance, si, par exemple, l'acte déclaré nul une première fois et dont les frais ont été laissés à sa charge, est reconnu valable en appel. La reconnaissance de la validité de cet acte entraînera la condamnation de la partie qui succombera aux frais qu'il a nécessité. Enfin l'officier ministériel peut toujours exercer un recours contre son client.

Le droit d'appel relativement aux jugements prononçant la suspension n'est pas discuté et ne saurait faire de difficulté.

§ 6. — *Pourvoi en Cassation.*

45. — En ce qui touche la première partie de l'art. 1031, le recours est ouvert en cas d'incompétence, d'excès de pouvoir ou de violation de la loi (2) contre les décisions en dernier ressort.

Relativement aux condamnations à la suspension, en dommages-intérêts, il convient, ainsi qu'il a déjà été dit, d'appliquer les règles relatives à l'action disciplinaire dans le premier cas, et dans le second les règles de droit commun (3).

Par un arrêt du 7 mars 1831 (4) la Cour de Cassation avait sommairement rejeté le pourvoi d'un avoué à la charge duquel des frais frustratoires avaient été laissés par décision d'une cour d'appel, et par le seul motif que l'avoué n'ayant pas été partie dans l'arrêt attaqué, n'était pas recevable en son pourvoi. C'était une exécution un peu sommaire; la cour est du reste revenue sur cette jurisprudence par un arrêt du 29 décembre 1845 (5).

46. — Différences entre l'art. 1031 et l'art. 132 C. p. c. — Les articles 132 et 1031 tendent au même but, qui est de garantir les plai-

1. — Contrà. Cass. D. 36. 1. 52.
2. — Cass. 29 déc. 45. D. 46. 1. 56.
3. — Morin, n° 794.
4. — Cass. 7 mars 31. D. *Avoué*, page 60, note 1.
5. — D. 46. 1. 56.

deurs contre les abus des mandataires imposés par la loi. Ces textes qui renferment de nombreuses analogies ont été, à tort, souvent confondus, et il importe de résumer les différences qui ont été relevées au cours de leur examen et qui en font deux dispositions parfaitement distinctes :

1° L'art. 132 prévoit un excès, un abus du mandat ou de la fonction de la part de l'officier ministériel ; l'art. 1031 se réfère aux fautes que le mandataire forcé a commises par négligence, ignorance ou cupidité.

2° L'application de l'art. 132 suppose et accompagne toujours un jugement sur l'action principale ; l'art. 1031 peut être appliqué postérieurement à la décision sur le litige d'entre les parties.

3° L'art. 132 protége l'adversaire du client de l'officier ministériel qui excède les bornes de son ministère ; l'art. 1031 s'applique indistinctement au profit de toutes les parties représentées dans l'instance.

4° L'art. 132, à raison du fait grave qu'il prévoit, prohibe tout recours de l'officier ministériel contre son propre client ; l'art. 1031 ne fait pas une semblable défense et le recours est permis.

5° La voie de la tierce-opposition est ouverte au cas de l'article 132 ; elle ne saurait trouver place au contraire quand l'art. 1031 est appliqué, excepté cependant si des dommages-intérêts ont été accordés.

6° L'art. 132 vise spécialement les avoués et les huissiers ; l'art. 1031 les officiers ministériels en général et certains auteurs ont compris, sous cette dénomination, les greffiers des tribunaux.

47. — Législation Belge sur les art. 132 et 1031. — Le Code de procédure Belge reproduit textuellement les art. 132 et 1031 de notre Code de Procédure.

La jurisprudence Belge est portée à voir dans ces articles et surtout dans l'art. 132, *à raison de la condamnation personnelle aux dépens* qu'il prévoit, une sorte de peine que le tribunal peut prononcer d'office ou sur les réquisitions du ministère public.

En ce qui concerne les tuteurs, les curateurs et autres administrateurs et même les avoués à un titre différent, le rédacteur du savant recueil auquel nous empruntons ces renseignements, estime qu'ils suivent les débats, qu'ils ne peuvent ignorer les conclusions prises contre eux, qu'ils sont, en conséquence, en mesure de prendre position et de se défendre. Leur mise en cause, pour qu'une condamnation puisse intervenir, ne serait donc pas indispensable. Mais l'huissier, qui est demeuré étranger aux débats, doit-il être entendu ? La jurisprudence belge paraît pencher pour l'affirmative à raison de la *condamnation* qui intervient au cas de l'art. 132 (1).

1. — Pandectes belges, tom. 29, V° *Dépens*, n°s 267 et suivants.



L'appréciation du caractère frustratoire des dépens est une faculté laissée au pouvoir discrétionnaire des tribunaux dont les décisions, sur ce point, ne sont pas sujettes à Cassation.

C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un avoué occupant pour une personne décédée, qu'un avoué signifiant tardivement des conclusions, devaient supporter les frais de l'instance dans le premier cas, et les frais des procédures et des remises dans le second (1).

Chap. IV. — Nullité d'un exploit ou acte de procédure. — Omission de Formalités. (art. 1030 C. P. C.).

« Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul,
« si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi.

« Dans le cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, l'officier
« ministériel pourra, soit pour omission, soit pour contravention, être
« condamné à une amende, qui ne sera pas moindre de cinq francs et
« n'excédera pas cent francs. »

48. — D'après M. Garsonnet (2) l'art. 1030 s'applique uniquement aux omissions, erreurs ou contraventions commises par les officiers ministériels dans l'accomplissement des formalités qui ne sont pas indispensables et sans lesquelles l'acte conserve encore quelque valeur. Il ne vise ni les nullités de fond, ni même l'inobservation des formalités substantielles, celles-ci étant d'ordre public et l'acte étant forcément nul si elles n'ont été remplies.

Les nullités de forme des exploits et actes de procédure engagent la responsabilité des officiers ministériels, qui sont justement préposés entre la justice et les plaideurs pour remplir les formalités prescrites par le Code de Procédure civile.

Quand l'acte est déclaré nul pour vice de forme, il doit être laissé à la charge de l'officier ministériel qui en est l'auteur, aux termes de l'article 1031. Cet article est impératif : mais faut-il encore, pour justifier son application, que la nullité de l'acte ou de l'exploit provienne du fait de l'officier ministériel.

49. — Si l'acte n'est pas nul, alors intervient la seconde disposition de l'article 1030.

La simple omission de formalités dans les actes de procédure ou les

1. — Anvers, 17 déc. 77. *Pasicrisie belge*, page 170; Charleroi, 19 avril 73. *Pasicrisie belge*, page 147.
2. — *Traité de procédure*, tome II, n° 98 B, pages 22 et 24.

exploits qui ne sont pas imposées à peine de nullité permet la condamnation de l'officier ministériel à une amende qui ne peut être moindre de cinq francs ni excéder cent francs.

Le tribunal est libre de prononcer ou non cette amende; cette faculté ressort du mot « pourra » que contient le texte de l'article 1030. L'amende réprime une faute qui se découvre à l'audience et a pour but d'obliger les officiers ministériels à l'accomplissement des formalités jugées nécessaires dans l'intérêt des plaideurs. Elle sera prononcée soit d'office, soit sur les réquisitions du ministère public. Les parties ne sauraient conclure à son application à raison du caractère pénal de la mesure et parce qu'elles ne trouvent pas, dans une telle condamnation, un intérêt particulier et immédiat.

Il ne paraît ni utile ni nécessaire d'entendre l'officier ministériel. En effet aucune explication ne saurait être fournie par lui; la contravention ou l'omission constitue un fait matériel dont l'acte ou l'exploit est la preuve même.

Quelle sera l'étendue du pouvoir des cours ou des tribunaux pour appliquer l'article 1030 ? Ce pouvoir sera-t-il restreint aux actes ou exploits des officiers ministériels qui leur sont spécialement attachés ?

L'article 1030 appartenant au Code de procédure a une portée générale, ainsi que nous l'avons déjà démontré pour d'autres dispositions du même code. Le tribunal compétent pour connaître de la valeur d'une citation est celui devant lequel cette citation amène les parties (1), et le tribunal compétent pour connaître de la régularité d'actes de procédure est celui devant lequel se déroule le procès et devant qui sont invoqués les actes.

C'est lui qui constate la faute, c'est donc lui qui se trouve logiquement le mieux placé pour la réprimer; décider autrement serait ou supprimer la répression ordonnée par le législateur ou dépasser le but qu'il s'est proposé.

En effet si sur un exploit d'appel, sur un acte de procédure intéressant une instance dont seraient saisis une cour ou un tribunal, ces juridictions étaient tenues de renvoyer devant le tribunal du domicile de l'huissier pour faire prononcer l'amende de l'article 1030, la répression serait sinon impossible du moins rendue plus compliquée, et prendrait un caractère plus grave par la mise en mouvement de l'action disciplinaire, alors que la constatation de l'infraction à l'audience et l'amende prononcée immédiatement n'impliquent, en réalité, qu'une

---

1. — L'article 71 du C. p. c. ouvre l'action en responsabilité contre l'huissier dont l'exploit est déclaré nul par son fait et n'a aucun caractère disciplinaire. Il ne se confond donc pas ni avec l'art. 1031 ni avec l'art. 1030.



négligence et la nécessité de veiller au maintien de certaines formalités. L'article 2 du décret du 29 août 1813, qui permet à toutes les juridictions de prononcer une amende contre les huissiers ayant signifié des copies illisibles est, en somme, une disposition analogue et indique que toutes les juridictions se trouvent investies de droits particuliers pour réprimer les infractions qu'elles sont pratiquement *appelées seules* à découvrir.

Enfin le décret du 14 juin 1813, article 73, décide bien, à la vérité, que toute condamnation des huissiers à l'amende sera prononcée par le tribunal du lieu de leur résidence ; mais cette disposition ne peut et ne doit recevoir d'effet que quand il s'agit d'une poursuite directe intentée contre l'huissier et prévoit donc un cas différent de celui indiqué par l'article 1030.

Quelles sont les omissions ou contraventions pouvant donner lieu à la condamnation d'amende ?

Le texte fournit par lui-même la réponse : donnera lieu à de telles condamnations l'omission des formalités non prescrites à peine de nullité, par exemple :

Des surcharges non approuvées se trouvant dans des copies d'exploit, lesquelles n'entraîneraient pas la nullité de la procédure si les originaux sont réguliers: (Paris, 16 nov. 1815. D. Expl. n° 23);

La dissemblance entre l'exploit original et la copie, dans le cas où ce fait n'entraînerait pas la nullité de l'exploit ;

L'erreur dans la date d'un exploit, quand celle-ci peut être suppléée par les énonciations de l'acte et n'est plus de nature à faire prononcer la nullité, de même l'erreur dans la mention relative à l'année ;

L'omission de toutes les indications se rapportant à l'huissier et imposées par l'article 61 C. p. c., lorsque ces omissions ne seront pas de nature à entraîner la nullité de l'exploit, quand, par exemple, certaines mentions suffisantes se rencontreront au corps de l'acte, rectifiant les erreurs ou suppléant aux omissions (Jurisp. constante. Cass. 17 mai 43. D. Exploit, 135, 4°); il n'en reste pas moins une omission qui tombe sous le coup de l'article 1030 C. p. c. ;

Le fait par un huissier de n'avoir pas signé l'exploit. Cette formalité n'est pas prescrite d'une façon spéciale par la loi, mais elle n'en est pas moins nécessaire pour donner à l'acte un caractère d'authenticité ; de nombreux arrêts ont même prononcé la nullité de tels exploits ; cependant la question est controversée ;

L'omission de l'indication du domicile du défendeur, si toujours cette lacune, couverte par des équivalents de l'exploit, n'était pas de nature à en entraîner la nullité ;

Le fait par un huissier d'avoir délivré un exploit un jour de fête

légale, dans l'opinion tout au moins de ceux pour qui cette contravention à la défense portée en l'article 63 C. p. c. n'entraîne pas la nullité de l'exploit ; (1)

L'omission, tant sur la copie que sur l'original, de la mention que l'exploit a été signifié en autant de copies qu'il existe de défendeurs dans la cause ;

L'omission, sur la copie, de la formalité du visa, la copie d'un exploit devant être la reproduction de l'original ;

Le défaut de mention de constitution d'avoué, si celle-ci se trouve couverte par des actes postérieurs ;

Le fait par un huissier d'avoir signé l'exploit non de sa main, mais par un procédé mécanique. (Cass. 20 janvier 1897. *Gazette du Palais*, 6 février 1897).

50. — Actes du Palais. — Les formalités de ces actes sont singulièrement simplifiées, et on se demande même si celles prévues par les articles 60 et suivants du C. p. c. leur sont applicables. Il est certain, en ce qui les concerne, qu'ils doivent contenir au moins certaines énonciations de nature à permettre de rechercher s'ils répondent au but qu'ils sont censés atteindre. Telle serait, par exemple, la mention de la date, de la personne à qui l'exploit a été remis. L'article 1030 paraît, par la généralité de ses termes, s'appliquer également aux actes de cette nature.

51. — Tribunaux de paix et de commerce. — Pour les mêmes motifs déjà déduits au n° 38, il convient de décider que les tribunaux de paix et de commerce peuvent appliquer la disposition de l'article 1030. D'abord il est permis à ces juridictions de recourir à tous les articles du code de procédure qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions qui leur sont propres et ensuite, ainsi que toutes les autres juridictions, elles sont appelées à apprécier la valeur des exploits et des actes dans les causes qui leur sont soumises.

52. — Voies de recours. — Le décret du 30 mars 1808 est inapplicable au cas où les tribunaux recourent à l'article 1030, car il édicte une peine non prévue par ce décret.

L'article 1030 ne décidant pas que ses dispositions seront appliquées sans appel, il paraît difficile de refuser à l'officier ministériel ainsi condamné, un recours devant les juridictions supérieures conformément au droit commun.

L'appel serait porté devant la juridiction supérieure correspondant à celle qui a prononcé l'amende.

---

1. — Dijon, 3 juillet 1895. D. 96. 2. 287.



Chap. V. — Obligation pour le juge de prononcer les nullités, amendes ou déchéances prévues par la loi (art. 1029. C. P. C.).

« Aucune des nullités, amendes, et déchéances prononcées par le présent code, n'est comminatoire. »

53. — Cette disposition signifie que les nullités, amendes ou déchéances prévues par le Code de procédure civile ne sont pas une simple menace dont le juge peut user suivant sa volonté, mais qu'elles s'imposent à lui et qu'il est tenu de les prononcer.

L'office du juge se borne donc, en cette matière, à appliquer littéralement la loi sans qu'il puisse en aggraver ou modérer la rigueur (1).

Nous n'avons à retenir de l'article 1029 que ce qui concerne les amendes que les tribunaux doivent infliger, par jugement, aux officiers ministériels.

Les seules amendes édictées par le code de procédure civile contre les officiers ministériels sont celles résultant des articles 67 et 1030.

L'amende prévue par l'article 67 sera perçue au moment de l'enregistrement de l'exploit (2), les amendes infligées en vertu de l'article 1030 seront prononcées soit par une disposition accessoire du jugement sur le fond, soit par un jugement spécial aussitôt que l'infraction aura été découverte à l'audience.

Les actes donnant lieu à une condamnation d'amende doivent être laissés à la charge de l'officier ministériel qui les a faits. Ils seront donc rejetés de la liquidation des dépens.

Chap. VI. — Injonctions. — Suppression d'écrits (art. 1036. C. P. C. — Art. 41, loi du 29 juillet 1881.).

Art. 1036. — « Les tribunaux, suivant la gravité des circonstances,
« pourront, dans les causes dont ils seront saisis, prononcer, même d'of-
« fice, des injonctions, supprimer des écrits, les déclarer calomnieux,
« et ordonner l'impression et l'affiche de leurs jugements. »

Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 «... Pourront néanmoins les
« juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppres-
« sion des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires et condam-
« ner qui il appartiendra à des dommages-intérêts. Les juges pourront

---

1. — Rapport au corps législatif.
2. — Jugement du Trib. de Belfort. D. 47. 4. 242.

« aussi, dans le même cas, faire des injonctions aux avocats et officiers « ministériels et même les suspendre de leurs fonctions. La durée de « cette suspension ne pourra excéder deux mois et six mois en cas de « récidive dans l'année... »

54. — Les dispositions de l'article 1036 du C. p. c. et de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 sont analogues.

Elles ne doivent pas cependant être confondues.

En effet l'article 1036 est général; il protége à la fois la dignité de la justice, les officiers publics, les parties en cause, les tiers. Il laisse aux tribunaux le pouvoir absolu d'apprécier la gravité des circonstances qui motiveront son emploi.

L'article 41 de la loi de 1881 ne se rapporte qu'aux discours injurieux, outrageants ou diffamatoires envers les parties en cause ou les tiers (1); et, pour l'application de cet article, il sera nécessaire que le tribunal détermine, conformément à la loi de 1881, les éléments constitutifs de l'injure ou de la diffamation (2).

L'article 1036 ne fait en somme que rappeler à l'égard des avocats ou des officiers ministériels les pouvoirs disciplinaires accordés aux tribunaux : les injonctions, l'impression et l'affiche des jugements sont en effet des peines disciplinaires ; l'article 1036 comprend cependant un mode nouveau de répression qui est la suppression d'écrits.

L'article 41 de la loi de 1881 a pour but de limiter au regard des parties les immunités de la défense. Elle autorise les tribunaux à faire des injonctions aux avocats et aux officiers ministériels, et même à les suspendre pendant deux mois. Ces pénalités ne sont applicables que dans les conditions strictement prévues par la loi de 1881 ; il sera donc nécessaire que les discours ou écrits (3) aient été injurieux, outrageants ou diffamatoires envers les parties ou les tiers, et les pénalités édictées ne sauraient être remplacées par d'autres peines analogues ou plus graves, même autorisées en matière disciplinaire (4).

Enfin au point de vue de la compétence l'article 1036 est considéré comme général et s'étend à toutes personnes « abstraction faite de leur « qualité ». A ce titre il est permis à toutes les juridictions de droit commun et d'exception d'en faire usage envers ceux qui se présentent devant elles (5).

Au contraire les prescriptions de l'article 41 précité, dont le caractère disciplinaire à l'égard des avocats et des officiers ministériels est admis par quelques auteurs, ne sauraient être appliquées, du moins dans ce

1. — Fabreguettes, *Infractions de la parole*, n° 1766.
2. — Cass. 6 juin 1882. D. 83. 1. 49.
3. — Dalloz. *Supp*. Presse, n. 1403.
4. — Cass. 25 janv. 1834. D. 34, 1, 90.
5. — Fabreguettes, n. 1770.

système, que par les tribunaux auxquels appartient le pouvoir disciplinaire (1). Cependant, l'article 41 semble avoir une portée plus étendue et paraît permettre même aux tribunaux d'exception d'atteindre, des pénalités qu'il prévoit, les avocats ou officiers ministériels qui se présentent devant eux en leur qualité, lorsque leur ministère est autorisé et qui se trouvent astreints, par cela même, aux devoirs de leur profession. De plus, il est aussi nécessaire devant les juridictions d'exception que devant les tribunaux de droit commun de maintenir la dignité de l'audience et la liberté des débats, que les propos outrageants ou diffamatoires, prononcés envers les parties ou des tiers, seraient de nature à atteindre profondément.

55. — Impression et affiche du jugement. — Les tribunaux peuvent facultativement ordonner l'impression et l'affiche de leur jugement. Cette mesure sera prise par eux d'office ou sur les réquisitions du ministère public, soit en vertu de l'article 1036 C. p. c., soit en vertu des articles 102 et 103 du décret de 1808.

Quand cette mesure atteint des avocats ou des officiers ministériels, elle constitue *une peine disciplinaire,* d'abord parce qu'elle est comprise dans l'énumération des peines de cette nature faite par l'article 102, et ensuite parce que la publicité donnée à un manquement professionnel atteint l'officier ministériel dans sa dignité et dans ses intérêts.

Elle est une peine principale si elle est seule prononcée. Elle est une peine accessoire si elle est jointe à une autre peine disciplinaire dont elle augmente la sévérité. Le droit pour les tribunaux d'appliquer cette mesure accessoirement à une autre peine ressort des mots *pourra aussi être ordonné* que contient l'article 102 du décret de 1808.

56. — Suppression d'écrits et de discours. — La suppression des écrits et des discours est un système de répression qui est « à la fois « un mode de censure pour l'avocat ou l'officier ministériel qui s'est « écarté de ses devoirs et une réparation civile en faveur de la per- « sonne vis-à-vis de laquelle ont été dépassés les droits de la dé- « fense » (2).

L'article 1036 prévoit la suppression *des écrits,* la loi de 1881, la suppression *des discours,* mais ces deux textes, bien que la question ait été controversée, s'appliquent indistinctement aux écrits et aux discours (3).

Cette suppression sera ordonnée par les juges quand ils statueront sur le fond d'un débat ou sur un incident. Le pouvoir que leur donne

1. — Id. nº 1767. D. *Supp.*, Presse, n. 1443 à 1447. Rép. n. 1279.
2. — Morin. n. 818. D. *Supp.* Presse, n. 1404.
3. — D. *Supp.*, Presse. n. 1402-1403 et arrêts cités.

sur ce point l'article 1036 est général, car il décide qu'il pourra s'exercer à l'occasion *des causes dont ils seront saisis.*

L'art. 41 de la loi de 1881 semble à première vue plus restreint. Il porte que la suppression des discours sera prononcée par les juges *statuant sur le fond,* et on s'est demandé si cette faculté était limitée aux seules décisions sur le fond. Cette manière de voir doit être écartée, l'art. 41 précité étant destiné à protéger les parties et les tiers contre les écrits ou discours injurieux ou diffamatoires produits ou prononcés à la barre des tribunaux dans les débats qui se déroulent devant eux. La cour de Lyon l'a ainsi décidé avec beaucoup de raison, en « déclarant que ces expressions *statuer sur le fond,* doivent s'entendre de ce qui fait l'objet de la contestation et qu'il suffit que le juge « n'ait plus à revenir sur le point de litige spécialement agité devant « lui » (1).

La suppression d'écrits sera ordonnée soit d'office par le tribunal, soit sur la réquisition du ministère public, soit sur les conclusions de la partie. Il est permis à la partie d'y conclure, à raison du caractère de réparation civile que présente la mesure à son égard (2). L'intervention du ministère public se justifie parce que la discipline des officiers ministériels est en jeu.

Pour qu'un mémoire soit réputé produit devant les tribunaux dans le sens de l'art. 1036, il n'est pas nécessaire qu'il ait été signifié, il suffit qu'il ait été remis aux magistrats saisis de la cause, (Cass. 30 déc. 51. D. 52. 1. 154).

La suppression des écrits consistera soit dans la radiation des termes contraires au respect contenus dans des actes signifiés ; dans une mention en marge des écrits déposés au greffe ; dans la remise à la partie plaignante des écrits supprimés (3). Rien ne semble empêcher les tribunaux d'ordonner la suppression matérielle des écrits et d'enjoindre soit au greffier (4), soit même à la partie condamnée, sur les conclusions de son adversaire, et sous une astreinte, d'opérer cette destruction, à condition toutefois que ces écrits ne constituent pas un titre au profit d'une des parties.

La suppression de requêtes ou de conclusions injurieuses émanant d'un avoué entraînerait le rejet de ces actes de la taxe des dépens.

Les discours ne laissent pas de trace ; leur suppression devra être accompagnée, pour constituer une mesure efficace, d'une des peines disciplinaires dont peuvent user les tribunaux (5).

---

1. — Lyon, 21 juin 1871. D. Sup. *Presse*, page 499, note 1.
2. — Poitiers, 11 juillet 1892. D. 94. 2. 149.
3. — D. Sup. *Presse*, n° 1425 et suivants. Arrêts et jugement cités.
4. — Argument tiré de l'art. 241 du C. P. C.
5. — D. Sup. *Presse*, n° 1425.

57. — Injonctions. — Quand des injonctions sont faites à des avocats, à des officiers ministériels, elles constituent une peine disciplinaire, conformément à l'art. 102 du décret de 1808. Elles doivent être faites dans les termes de l'art. 102 ou encore de l'art. 18 de l'ord. de 1822 relative à la profession d'avocat.

Ces injonctions constituant une peine disciplinaire seront prononcées d'office par les tribunaux ou sur les réquisitions du ministère public; des conclusions des parties prises en ce sens ne seraient pas recevables.

58. — Appel. — Si le tribunal s'est borné à prononcer en jugement des peines disciplinaires autres que celles de la suspension, l'appel n'est pas recevable, conformément à l'art. 103 du décret de 1808.

L'impression ou l'affiche du jugement, considérée comme peine principale, ne sera pas pour les mêmes motifs susceptible d'appel; considérée comme peine accessoire, elle suivra le sort de la décision principale.

Au cas où le tribunal a ordonné une suppression d'écrits *imputables* à un avocat ou à un officier ministériel, l'appel, bien que cette question ait été controversée (1), paraît recevable. Ce n'est pas en *effet une des* peines disciplinaires prévues par l'art. 102 du décret de 1808; il convient donc d'appliquer la mesure la plus favorable à *l'avocat ou à* l'officier ministériel. Toutefois il a été jugé que si cette suppression n'était qu'un accessoire de la demande principale, elle *serait soumise* aux mêmes règles de compétence et de juridiction que celle-ci (2)

Chap. VII. — Remise de pièces communiquées. — (Art. 192, C. P. C.).

« En cas d'opposition, (à l'ordonnance portant contrainte à la remise « de pièces communiquées), l'incident sera réglé *sommairement* : si « l'avoué succombe, il sera condamné personnellement aux dépens de « l'incident, même en tels autres dommages-intérêts *et peines* qu'il « appartiendra, suivant la nature des circonstances ».

59. — Si à l'expiration du délai prévu, l'avoué n'a pas remis les pièces communiquées, l'art. 191 du code de procédure civile *décide que* sur simple requête ou même sur simple mémoire de la partie, il sera rendu une ordonnance destinée à contraindre l'avoué à cette *remise*. Il peut être aussi condamné à une astreinte de trois francs par chaque

---

1. — Fabreguettes, n° 1759.
2. — Caen, 30 juin 1893, *Gazette du Palais*, 13 décembre 93.

jour de retard, aux frais de la requête et de l'ordonnance, qu'il ne pourra répéter contre son constituant.

D'après l'opinion généralement adoptée, l'ordonnance émane du tribunal et non du président (1).

Cette décision du tribunal intervient par défaut, le code de procédure n'exigeant pas que l'avoué soit appelé. L'art. 192 autorise en conséquence l'opposition, de la part de l'avoué. Si l'avoué succombe sur cette opposition, le même article décide qu'il sera condamné aux dépens de l'incident et permet au tribunal de prononcer des peines disciplinaires, et des dommages-intérêts.

Il sera statué en même temps sur l'opposition, les dépens, les dommages-intérêts s'il en est demandé, et d'office sur l'application des peines disciplinaires, l'art. 192 paraissant donner de tels pouvoirs au juge saisi de l'opposition.

La décision sur l'opposition est en premier ressort, à raison du caractère indéterminé de la demande. L'avoué, débouté de son opposition, pourra donc faire appel du jugement qui l'a condamné (2) et même faire statuer par la seconde juridiction sur la peine disciplinaire dont il a été frappé. En effet, si en appel il se trouvait déchargé des condamnations principales, on ne saurait comprendre que les injonctions faites en première instance fussent maintenues. La peine disciplinaire ne punit, dans notre espèce, que le fait par l'avoué de n'avoir pas rétabli les pièces ; s'il est absous toute condamnation disciplinaire de ce chef manquerait de base légale.

Chap. VIII. — Trouble à l'audience par une personne remplissant une fonction près du tribunal (art. 90 C. P. C.).

« Si le trouble (à l'audience) est causé par un individu remplissant
« une fonction près le tribunal, il pourra, outre la peine ci-dessus
« (article 89), être suspendu de ses fonctions ; la suspension, pour la
« première fois, ne pourra excéder trois mois. Le jugement sera
« exécutoire par provision ainsi que dans le cas de l'article précé-
« dent ».

60. — Cet article prévoit une peine disciplinaire, la suspension, que le tribunal peut infliger à l'audience, contre toute personne remplissant auprès de lui une fonction, et qui causerait le tumulte ou les troubles prévus par l'article 89 du C. p. c.

1. — Carré et Chauveau, question 794.
2. — Dalloz, *Appel civil*, n° 404.

L'article 90 n'est applicable qu'aux troubles commis au cours des audiences, car il figure au titre cinquième du C. p. c. et sous la rubrique : « Des audiences, de leur publicité et de leur police. »

Il permet d'atteindre les avoués, les huissiers, même les greffiers et aussi les avocats dont le ministère constitue, à n'en pas douter, l'exercice d'une fonction judiciaire (1).

Les tribunaux civils, les cours d'appel, les tribunaux de commerce et de paix peuvent user de cette pénalité (2), et aussi le conseil d'État et le tribunal des conflits (3).

Les conseils de préfecture sont autorisés, aux termes de l'article 50 de la loi du 22 juillet 1889, à appliquer les articles 88 et suivants du C. p. c. En dehors des cas que prévoit l'article 90 et des injonctions qu'ils ont le droit d'adresser aux avocats et aux avoués qui se présentent devant eux en leur qualité, les conseils de préfecture devront réserver l'exercice de l'action disciplinaire aux tribunaux compétents.

Chap. IX. — Formes de l'opposition au mariage. — (Art. 176 du code civil).

« Tout acte d'opposition (au mariage) énoncera la qualité qui donne « à l'opposant le droit de la former ; il contiendra élection de domicile « dans le lieu où le mariage devra être célébré ; il devra également, « à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, contenir les « motifs de l'opposition : le tout à peine de nullité, et de l'interdiction « de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant opposition. »

61. — L'article 176 nous fournit l'exemple d'une peine disciplinaire qui doit être prononcée, contre un huissier, par un tribunal, au cours d'une instance dont il est saisi.

Si l'acte d'opposition n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 176, que la nullité soit demandée et obtenue, le même jugement prononcera l'interdiction à temps de l'huissier en faute.

L'huissier sera admis à se défendre ; l'appréciation des causes de nullité et par suite de responsabilité étant parfois délicate et nécessitant un débat entre tous ceux que la décision est de nature à intéresser.

Si l'huissier n'a pas été entendu, le jugement, en ce qui le concerne, sera par défaut et la voie de l'opposition lui restera ouverte même si, en vertu de l'article 179 du même code, l'opposition sur le débat princi-

1. — Pandectes françaises, *Audience*, n° 726 et arrêts cités.
2. — Répertoire Fuzier Hermann, *Audience*, n° 9 et 323. Cass. 23 av. 1850. D. 50. 1, 315.
3. — Répertoire Fuzier Hermann, *Audience*, n°s 9, 10, 323.

pal n'était pas recevable (1). La partie du jugement qui frappe l'officier ministériel est un chef distinct qui peut, sans inconvénient pour les parties, être distrait de l'instance principale. Cependant, si le procès avait été porté devant la cour d'appel, c'est devant cette juridiction que devrait intervenir l'huissier, celle-ci se trouvant saisie de l'ensemble du débat.

Si le tribunal avait omis de statuer sur la suspension, une poursuite disciplinaire, dans les formes ordinaires, serait régulièrement intentée par le Procureur de la République.

L'appel, du chef de la décision prononçant l'interdiction, est permis à l'huissier condamné. C'est en effet bien le cas d'une suspension prononcée par jugement et que prévoit le décret du 30 mars 1808.

Chap. X. — Signification d'une copie de citation ou d'exploit, de jugement ou d'arrêt illisible. — (Décret du 29 août 1813. Art. II).

« L'huissier qui aura signifié une copie de citation ou d'exploit, de ju-
« gement ou d'arrêt qui serait illisible, sera condamné à l'amende de
« 25 francs, sur la seule provocation du ministère public, et par la cour
« ou le tribunal devant lequel cette copie aura été produite. Si la co-
« pie a été faite et signée par un avoué, l'huissier qui l'aura signifiée
« sera également condamné à l'amende, sauf son recours contre l'avoué
« ainsi qu'il avisera ». Voir aussi l'article 20 de la loi du 2 juillet 1862, Bull., année 1862, nº 10324. Article 28 du décret du 16 février 1807.

62. — Les articles 2 de la loi de 1813 et 20 de la loi de 1863 ne s'appliquent qu'aux *copies* de citations, d'exploits, de significations de jugements ou arrêts, des actes ou pièces ; on ne saurait donc en étendre les effets aux *originaux* des exploits ou des actes. De même ces textes ayant un caractère répressif, ne sauraient s'appliquer à d'autres actes que ceux qu'ils prévoient formellement.

Les copies doivent être correctes (2), c'est-à-dire conformes à l'original (3) ; lisibles, c'est-à-dire susceptibles d'être lues par tout le monde et non pas seulement des hommes d'affaires expérimentés (4).

Tout tribunal devant lequel est produite une copie incorrecte ou illisible peut prononcer l'amende, quelle que soit la résidence de l'huis

1. — Addition faite par la loi du 20 juin 1896.
2. — Ce mot se trouve dans la loi de 1862.
3. — Cass., 25 av. 1837. D. *Commission*. p. 102, arrêt et note 1, 2ème espèce.
4. — Cass. 30 déc. 1856. D. 57. 1. 203.

sier qui a signifié cette copie. Cette faculté ressort des termes mêmes de l'article 2 du décret de 1813, qui dispose que cette peine sera infligée par la cour ou le tribunal devant lequel la copie aura été produite. L'infraction étant purement matérielle ne peut être l'objet d'un débat, et il n'est pas nécessaire que l'officier ministériel soit entendu en ses moyens de défense (1).

Les tribunaux pourront d'office appliquer la peine prévue par les lois de 1813 et de 1862. Les mots « sur la seule réquisition du ministère public », doivent être compris en ce sens que des conclusions de la partie ne sont pas nécessaires pour que le tribunal soit appelé à statuer. En tout cas, le ministère public sera entendu et les pièces de nature à entraîner la condamnation devront lui être communiquées.

Les copies illisibles ou incorrectes devront en plus, aux termes de l'article 28 du décret du 16 février 1807, être rejetées de la taxe.

La loi de 1813 réserve le recours de l'huissier contre l'avoué, au cas où celui-ci lui aurait remis la copie incorrecte ou illisible à signifier.

63. — Appel. — Rien ne paraît permettre de refuser à l'huissier, condamné en vertu du décret de 1813, le droit de recourir à la juridiction supérieure pour faire statuer à nouveau sur la faute qui lui est reprochée. L'amende n'est pas une des peines disciplinaires prévues par l'article 102 du décret de 1808 ; il convient donc d'appliquer les dispositions du droit commun, puisqu'elles ne sont pas formellement prohibées. Une seule objection peut être faite contre ce système. Les huissiers condamnés par la Cour de cassation (2), en vertu du décret de 1813, se trouveront privés du bénéfice des différents degrés de juridiction. C'est exact ; mais ce n'est pas une raison, parce que l'ordre des juridictions conduit à cette conséquence, pour priver les huissiers condamnés en première instance ou en appel du droit d'appeler de la décision qui les frappe, quand rien dans la loi ne prohibe cette voie de recours.

Chap. XI. — Interdiction pour les huissiers d'assister ou représenter une partie en justice de paix. — Loi du 25 mai 1838.

« Art. 18. — Dans les causes portées devant la justice de paix, aucun « huissier ne pourra ni assister comme conseil, ni représenter les

1. — Dalloz, *Cop. de pièces*, n° 34 et arrêts cités.
2. — La Cour de cassation s'est toujours reconnu le droit d'appliquer le décret de 1813. D. *Copie de pièces*, n° 43 et suivants. Cass. 30 déc. 1856, D. 57.1.203.



« parties en qualité de procureur fondé, à peine d'une amende de 25
« à 50 francs, qui sera prononcée sans appel par le juge de paix. Ces
« dispositions ne seront pas applicables aux huissiers qui se trouve-
« ront dans l'un des cas prévus par l'article 86, Code de procédure
« civile.

« Art. 19. — En cas d'infraction aux dispositions des articles 16, 17
« et 18 [de la loi du 25 mai 1838], le juge de paix pourra défendre
« aux huissiers du canton de citer devant lui, pendant un délai de quinze
« jours à trois mois, sans appel et sans préjudice de l'action discipli-
« naire des tribunaux et des dommages-intérêts des parties s'il y a lieu. »

64. — L'article 18 de la loi du 25 mai 1838 a été reproduit par la loi du 3 mars 1840, qui a modifié l'article 627 du Code de commerce. Les règles applicables à ces deux dispositions sont les mêmes (voir n° 66).

L'article 19 de la loi de 1838 réserve, comme le fait l'article 627 du Code de commerce, le droit d'exercer l'action disciplinaire à raison des faits qui ont motivé l'amende.

L'art. 19 autorise encore les juges de paix à prononcer, contre les huissiers du canton, une peine particulière qui consiste dans la défense de citer, devant le tribunal de paix, pendant un délai de quinze jours à trois mois.

A raison de son caractère répressif, cette disposition ne peut être appliquée qu'aux infractions prévues spécialement par les art. 16, 17 et 18 de la même loi (1). Elle doit aussi être restreinte à la faculté de citer devant le juge de paix, et ne saurait être étendue à d'autres actes du ministère des huissiers.

Le jugement est sans appel ; il est susceptible d'opposition s'il intervient par défaut (2), et peut être attaqué par la voie du recours en cassation, comme en principe toutes les décisions en dernier ressort, pour violation de la loi ou excès de pouvoir.

Le juge de paix doit aviser le procureur de la République des décisions prises par lui à l'égard des huissiers et au sujet desquelles ce magistrat verra s'il convient de mettre en mouvement l'action disciplinaire devant les tribunaux compétents.

65. — Compétence. — L'art. 18 de la loi de 1838 permet au juge de paix d'atteindre non seulement les huissiers de son canton, mais aussi ceux des cantons voisins qui se rendraient coupables de la faute qu'il prévoit. Le texte a une portée générale, et la discussion de la loi à la Chambre des pairs ne laisse aucun doute à cet égard. On a voulu évi-

---

1. — Cass., 15 janv. 1841. D. *Disc. jud.*, page 677, note 1.
2. — Voir n° 67.

ter que, par une entente établie entre les huissiers de cantons voisins, la disposition fût éludée (1).

Chap. XII. — Interdiction pour les huissiers d'assister ou représenter une partie devant les tribunaux de commerce. — (Art, 627. Code de commerce).

« Dans les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun « huissier ne pourra, ni assister comme conseil, ni représenter les « parties en qualité de procureur fondé, à peine d'une amende de « vingt-cinq à cinquante francs qui sera prononcée sans appel, par le tri- « bunal, sans préjudice des peines disciplinaires contre les huissiers « contrevenants. Cette disposition n'est pas applicable aux huissiers qui « se trouveront dans l'un des cas prévus par l'art. 86 C. p. c.

66. — Cette disposition a été ajoutée à l'art. 627 C. com. par la loi du 3 mars 1840.

Elle autorise les tribunaux de commerce à infliger une amende à l'huissier qui assisterait devant eux, comme conseil, une partie, ou la représenterait en vertu d'une procuration.

Cette amende est prononcée *sans appel*.

Cet article a une portée générale et peut être appliqué par un tribunal de commerce à tout huissier, quelle que soit sa résidence, qui enfreindrait la disposition prescrite, même à un huissier exerçant (2) dans un autre arrondissement.

L'art. 627 ajoute que cette amende sera prononcée sans préjudice des peines disciplinaires contre les contrevenants. Il résulte de cette disposition, d'abord que l'amende n'est pas, dans cette espèce à proprement parler, une peine disciplinaire, et aussi qu'une peine disciplinaire peut en outre être appliquée à raison de la même infraction.

La poursuite et la répression en matière de discipline n'appartient pas aux tribunaux de commerce. Ces tribunaux devront donc signaler au Procureur de la République de leur arrondissement le jugement prononçant l'amende et que du reste celui-ci aura à faire exécuter, et ce magistrat sera maître d'exercer des poursuites disciplinaires devant le tribunal de première instance. Si l'huissier condamné à l'amende appartenait à un arrondissement autre que celui du tribunal qui a statué, toutes les pièces seraient transmises par les soins du procureur de la République au parquet compétent pour l'exercice de l'action disciplinaire.

---

1. — D. *Défense*, n° 260.
2. — Voir n° 65. Mêmes motifs.



L'exception prévue par l'art. 627, C. Com., est celle déjà indiquée par la loi au sujet des magistrats par l'art. 86 C. p. c. Les huissiers pourront donc assister comme conseils ou représenter comme procureurs fondés leurs femmes, leurs parents ou alliés en ligne directe, leurs pupilles. Ils ont en outre le droit de se présenter eux-mêmes, dans les causes les intéressant directement, ce qui n'est du reste que l'application du droit commun en matière commerciale.

67. — Voies de recours. — L'appel est interdit, le texte de l'art. 627 est formel à cet égard.

La condamnation peut-elle intervenir par défaut, l'opposition sera-t-elle recevable ? L'affirmative paraît certaine. D'abord l'art. 627 ne prohibe que l'appel et on ne saurait étendre, par voie de conséquence, cette disposition restrictive. En second lieu il sera nécessaire que l'huissier soit entendu en ses moyens de défense (1), car il se trouve peut-être dans un des cas exceptionnels prévus par l'art. 86 du C. p. c.

Or l'huissier qui aurait assisté comme conseil une partie ajournée devant un tribunal de commerce peut n'être pas présent à toutes les phases du débat, et la condamnation intervenir en dehors de lui. On doit alors lui réserver la faculté, comme à tout défendeur, de faire valoir devant le tribunal les moyens qui sont de nature à le justifier, et par suite de faire naître, par l'opposition, un débat contradictoire.

Le recours en Cassation est ouvert pour excès de pouvoir ou violation de la loi contre la décision en dernier ressort du tribunal de commerce prononçant l'amende prévue par l'art. 627.

Chap. XIII. — Art. 71, 107, 293, 360, 512, 711 du C. de procédure civile ; 66, 151 du décret du 16 février 1807 ; 28, 29, 69 du décret du 30 mars 1808.

68. — Le Code de Procédure civile et le décret de 1807 contiennent un certain nombre de dispositions autres que celles examinées dans les précédents chapitres, et qui ont pour but également de contraindre les officiers ministériels au scrupuleux accomplissement de leurs devoirs.

Nous nous bornerons à signaler ces différents textes, car les uns ne tendant qu'à l'action en responsabilité sortent du cadre que nous nous sommes tracé, et les autres prévoyant des fautes déterminées qui peu-

1. — Cass. 9 juin 1879. Sirey 79. 1. 446.

vent être atteintes par la décision même qui statue sur le fond ou l'incident, sont soumises aux règles précédemment tracées.

69. — L'art. 71 C. p. c. décide que si un exploit est déclaré nul par le fait de l'huissier, celui-ci pourra être condamné aux frais de l'exploit et de la procédure annulée, sans préjudice des dommages-intérêts de la partie. Cet article réserve l'action en responsabilité contre l'huissier en faute à la partie à qui cette faute a fait éprouver un dommage. Le tribunal, saisi de cette action, ne pourrait, par un jugement même décidant que la responsabilité de l'huissier est engagée, prononcer une peine disciplinaire contre lui ; la faute n'a pas été découverte au cours d'une instance, elle fait l'objet même du débat, et l'action disciplinaire devrait être engagée suivant ses règles ordinaires.

70. — L'art. 107 relatif aux instructions par écrit, décide que si les avoués ne rétablissent par les productions dans la huitaine du jugement constatant que ces productions n'ont pas été une première fois rétablies, les tribunaux peuvent les interdire pour tel temps qu'ils estimeront convenable.

71. — L'art. 293 C. p. c. porte que l'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué ou de l'huissier ne sera pas recommencée, mais que la partie pourra en répéter les frais contre eux et même réclamer des dommages-intérêts.

72. — L'art. 360 du C. p. c. autorise les tribunaux à prononcer l'interdiction d'un avoué par le même jugement qui déclare valable le désaveu dont il a été l'objet.

73. — L'art. 512 punit d'une amende la partie qui aurait employé des termes injurieux dans une requête de prise à partie, et permet de prononcer contre l'avoué telle injonction ou suspension qu'il appartiendra.

74. — L'art. 711 du C. p. c. défend aux avoués poursuivant une saisie immobilière de se rendre adjudicataires ni surenchérisseurs personnellement, à peine de nullité de l'adjudication et de dommages-intérêts envers toutes les parties.

75. — L'art. 66 du décret du 16 février 1807 décide que les huissiers commis ne pourront prendre de droits plus forts que ceux énumérés dans le tarif, à peine de restitution et d'interdiction, quels que soient la cour et le tribunal auxquels ils sont attachés. Ces derniers mots sont assez vagues. Signifient-ils que toute cour ou tout tribunal aura le droit de prononcer l'interdiction de l'huissier qu'il a commis pour signifier certains actes, même si cet huissier est étranger à son ressort ou, au

contraire, que la poursuite disciplinaire sera excercée devant le tribunal compétent, à raison de l'acte répréhensible et quelle que soit la cour ou le tribunal qui a donné la commission? Cette dernière hypothèse semble être celle qu'a prévue le législateur, et cette opinion se trouve confirmée par l'art. 74 du décret du 13 juin 1813, qui détermine le tribunal compétent pour prononcer l'interdiction de l'huissier.

Du reste le texte même porte à peine de restitution et d'interdiction. Le mot interdiction suit immédiatement le mot restitution et semble indiquer une demande de la partie en restitution des droits perçus en trop, demande qui ne peut s'élever que devant le juge du domicile de l'huissier.

Le paragraphe suivant du même article permet de prononcer l'interdiction de l'huissier qui a omis d'indiquer au bas des actes par lui signifiés le coût de ces actes. Cette infraction est déjà frappée d'une amende par l'art. 67 du C. p. c., laquelle est perçue au moment de l'enregistrement de l'acte. L'acte est enregistré dans l'arrondissement où exerce l'huissier ; l'interdiction sera donc poursuivie disciplinairement devant le tribunal de cet arrondissement.

En ce qui concerne ces deux dispositions qui laissent subsister des doutes sur la compétence, il convient de les interpréter dans le sens le plus favorable aux huissiers et qui est celui que nous indiquons.

76. — Le même tarif, dans l'art. 151, défend aux avoués de première instance et d'appel d'exiger des droits plus forts que ceux prévus au tarif à peine de restitution, de dommages-intérêts, d'interdiction s'il y a lieu.

77. — Les art. 28, 29, 69 du décret du 30 mars 1808 décident que les causes retirées du rôle par le motif qu'aucun avoué ne s'est présenté au jour indiqué pour prendre jugement, ou parce que celui qui se présentait seul a refusé de le faire, ne pourront y être rétablies que sur le vu de l'expédition du jugement de radiation dont le coût restera à la charge personnelle des avoués. Ceux-ci seront en outre passibles de dommages-intérêts, d'injonctions, suivant les circonstances. Ces articles permettent aux tribunaux de hâter la solution des affaires qui leur sont soumises.

TABLE DES MATIÈRES

Nos | CHAPITRE PRÉLIMINAIRE | Pages

CHAPITRE III. — DES PROCÉDURES ET ACTES NULS OU FRUSTRATOIRES. — ART. 1031 C. P. C.

CHAPITRE IV. — NULLITÉ D'UN EXPLOIT OU ACTE DE PROCÉDURE. — OMISSION DE FORMALITÉS — ART. 1030 C. P. C.

CHAPITRE V. — OBLIGATION POUR LE JUGE DE PRONONCER LES NULLITÉS, AMENDES OU DÉCHÉANCES PRÉVUES PAR LA LOI. — ART. 1029 C. P. C.

CHAPITRE VI. — INJONCTIONS. — SUPPRESSION D'ÉCRITS. — ART. 1036 C. P. C. — ART. 41 DE LA LOI DU 29 JUILLET 1881.

CHAPITRE VII. — REMISE DE PIÈCES COMMUNIQUÉES. — ART. 192 C. P. C.

CHAPITRE VIII. — TROUBLE A L'AUDIENCE PAR UNE PERSONNE REMPLISSANT UNE FONCTION PRÈS DU TRIBUNAL. — ART. 90 C. P. C.

CHAPITRE IX. — FORMES DE L'OPPOSITION AU MARIAGE. — ART. 176 CODE CIVIL.

CHAPITRE X. — SIGNIFICATION D'UNE COPIE DE CITATION OU D'EXPLOIT, DE JUGEMENT OU D'ARRÊT ILLISIBLE. — DÉCRET DU 29 AOUT 1813, ART. 2

CHAPITRE XI. — INTERDICTION POUR LES HUISSIERS D'ASSISTER OU REPRÉSENTER UNE PARTIE EN JUSTICE DE PAIX. — LOI DU 25 MAI 1838, ART. 18 ET 19.

CHAPITRE XII. — INTERDICTION POUR LES HUISSIERS D'ASSISTER OU REPRÉSENTER UNE PARTIE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE. — ART. 627, CODE DE COMMERCE.

CHAPITRE XIII. — ART. 71, 107, 293, 360, 512, 711 DU C. DE PROCÉDURE CIVILE ; 66, 151 DU DÉCRET DU 16 FÉVRIER 1807 ; 28, 29, 69 DU DÉCRET DU 30 MARS 1808.

Tours et Mayenne, Imprimeries E. Soudée.



